

(١٢٩٧)

وجوده كعدمه

مسائل وأحكام

من مصنفات الفقه

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٥هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

"ولاؤك لي فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها. فقالت لهم فأبوا عليها. فجاءت من عندهم ورسول الله – صلى الله عليه وسلم – جالس فقالت إني عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء. فقال "خذيها واشترطي لهم الولاء" زجرا وتوبيخا. يعلم منه أنه كان قد بين لهم بطلانه. ثم قال "فإنما الولاء لمن أعتق" ففعلت.

ثم قام في الناس خطيبا "فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله" أي في شرعه الذي كتبه على العباد و (قال ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) أي الذي ليس في حكم الله. قال ابن القيم ليس المراد به القرآن قطعا. فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنة. فعلم أن المراد بكتاب الله حكمه. فإنه يطلق على كلامه تعالى. وعلى حكمه الذي حكم به على لسان رسوله – صلى الله عليه وسلم – ومعلوم أن كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له. فيكون باطلا.

والصواب اعتبار كل شرط لم يحرمه الله. ولم يمنع منه. وإلغاء كل شرط خالف حكم الله (وإن كان مائة شرط) لمخالفته للحق. **فوجوده كعدمه**. والمراد لو شرطوا مائة شرط فباطل (قضاء الله أحق) بالاتباع من الشروط المخالفة لحكم الله (وشرط الله أوثق) وآكد. لأن الدليل قد دل على بطلان جميع الشروط التي ليست في كتاب الله. فلو كانت ما كانت كان." [١]

"الابن. والأخت الشقيقة مع أخيها. والأخت لأب مع أخيها. والعصبة مع الغير الأخوات مع البنات. والأقرب من العصبة يحجب من دونه. وتقدم حجب الجد بالأب. والجدة بالأم. وابن الابن بالابن. ويسقط العم بالأخ. وابن العم بالعم. ومع الاستواء يقدم الأقوى. فيسقط الأخ لأب بالأخ لأبوين. والعم لأب بالعم لأبوين وهكذا. والحجب من أعظم أبواب الفرائض وأهمها. حتى قال بعضهم حرام على من لم يعرف الحجب أن يفتي في الفرائض.

والحجب من حيث هو قسمان: حجب أوصاف. وهي موانع الإرث الثلاثة: الرق والقتل واختلاف الدين. ويتأتى على جميع الورثة. والمحجوب به **وجوده كعدمه**. وحجب أشخاص: وينقسم إلى حجب حرمان. وحجب نقصان وحجب الحرمان يتأتى على جميع الورثة إلا الأبوين والولدين والزوجين. وأما حجب النقصان فيتأتى على جميع الورثة.

(ولهما عن أبي هريرة مرفوعا أيما مؤمن مات وترك مالا) بعد مؤنة تجهيزه وقضاء دينه إن كان (فليرثه عصبته

---

(١) الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم، عبد الرحمن بن قاسم ١٣٢/٣

من كانوا) ولمسلم فإلى العصبة يعني ما خلف إن لم يكن ثم ذو فرض. وهذا لا نزاع فيه. وإن لم يكن له ولد ولا ولد ابن وإن نزل ولا أب ولا وجد وإن علا. ولا أخ لأبوين أو لأب ولا بنوهم وإن نزلوا. ولا عم لأبوين أو أب ولا بنوهم ورثه أعمام جده. ثم." (١)

"لا تجوروا ولا تميلوا يقال عال في الحكم إذا جار.

ففي الآية الأمر بالنكاح. ويجب على من يخاف زنا بتركه ومن تاقت نفسه إليه فإنه تتأكد مشروعيته في حقه وهو أفضل له من التطوع وإن حصل الإعفاف بواحدة وإلا استحب الزيادة إن لم تعفه. إن كان قادرا على كلفة ذلك مع توقان النفس إليه. ولم يترتب عليه مفسدة أعظم من فعله. وقال الشيخ يجب على من خاف على نفسه العنت في قول عامة الفقهاء. إذا قدر على مهر حرة ويجزئ التسري حيث وجب. أو استحب لقوله ﴿فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾.

(وقال: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾ الأيامى جمع أيم. وهو من لا زوج له من رجل أو امرأة يقال رجل أيم وامرأة أيم وأيمة أي زوجوا أيها المؤمنون من لا زوج له من أحرار رجالكم ونسائكم ﴿والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ خص الصالحين لأن إحصان دينهم والاعتناء بحالهم أهم وأكثر. وهذا إيجاب وندب إيجاب على من خاف العنت. وندب واستحباب على مـن تاقت نفسه إليه وأمن العنت. وهذا مذهب جماهير العلماء. وقال الشيخ تزويج الأيامى فرض كفاية إجماعا. فإن أباه حاكم إلا بظلم كطلبه جعلا لا يستحقه صار **وجوده كعدمه**.

(وعن ابن مسعود) عبد الله بن مسعود –رضي الله عنه– أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال) لنا (يا معشر الشباب) جمع." (٢)

"الموت، وإن مات زوج رجعية في عدة طلاق سقطت، وابتدأت عدة وفاة منذ مات، بخلاف المبانة فلا تنتقل، وفي مرض الموت الأطول منهما، وإن كانت البينونة منها أو كانت أمة أو ذمية فلطلاق فقط.

(وعن زرارة) ابن أوفى النخعي أبو عمرو توفي زمن عثمان رضي الله عنهما (قال قضى الخلفاء) الراشدون وروي أيضا عن عمر وعلي وزيد بن ثابت (أن من أغلق بابا) على زوجته فخلا بها (أو أرخى سترا) عليهما وخلا بها (فقد وجب المهر) حيث خلا بها مطاوعة مع علمه بها (ووجبت العدة) حيث خلا بها (رواه أحمد) وغيره قال الموفق هذه قضايا اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا وضعف أحمد ما روي في خلافها،

---

(١) الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم، عبد الرحمن بن قاسم ٤٣٨/٣

(٢) الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم، عبد الرحمن بن قاسم ٤٨٥/٣

فدل الحديث أن العدة تلزم كل امرأة فارقت زوجها بطلاق أو خلع أو فسخ كما تقدم إذا كان خلا بها مطاوعة مع علمه بها وقدرته على وطئها.

ولو مع ما يمنعه منهما أو من أحدهما حسا أو شرعا إلا أن يكون ممن لا يولد لمثله، أو لا يوطأ مثلها، للعلم ببراءة الرحم ما لم تكن متوفى عنها، فتعتد مطلقا، ولا تعتد مفارقة في نكاح مجمع على بطلانه، لأن **وجوده كعدمه**.

(وعن أم سلمة) رضي الله عنها (أن سبيعة) تصغير سبع الأسلمية هي بنت برزة الأسلمي إحدى المهاجرات (توفي عنها زوجها) هو سعد بن خولة العامري من بني عامر بن لؤي كان توفي في حجة الوداع (وهي حبلى) فوضعت فخطبها أبو السنابل." [١]

"والثامن أن سترة الإمام سترة للقوم ﴿ ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم صلى ببطحاء مكة إلى عنزة ولم يكن للقوم سترة ﴾ أي عصا ذات زج .

والزج الحديدة في أسفل الرمح ، وهو بالتنوين ؛ لأنه اسم جنس نكرة .

وقال في الكافي : إن أريد بها عنزة النبي عليه الصلاة والسلام كان غير منصرف للعلمية والتأنيث فيكون منصوبا .

والتاسع أن المعتبر هو الغرز دون الإلقاء والخط .

قيل هذا إذا كانت الأرض رخوة ، أما إذا كانت صلبة لا يمكنه الغرز فإنه يضعها طولا لتكون على هيئة الغرز وإن لم تكن معه خشبة قال بعض مشايخنا المتأخرين : يخط خطا طويلا ، وهو قول الشافعي ولم يعتبره المصنف ؛ لأن المقصود وهو الحيلولة بينه وبين المار لا يحصل به فيكون **وجوده كعدمه** وهو المروي عن أبي حنيفة ومحمد .

وروى هشام عن أبي يوسف أنه كان يطرح سوطه بين يديه ويصلي .

فإن قيل : الخط والوضع قد رويا كالغرز فما وجه المنع ؟ أجيب بأن ذلك لم يصح عند أئمة الحديث ، ولم يذكر أن ترك السترة لا بأس به إذا أمن المرور لما أن اتخاذ السترة للحجاب عن المار ولا حاجة بها عند عدم المار .

وروي عن محمد أنه تركه في طريق الحجاز غير مرة .

والعاشر الدرء إذا لم يكن بين يديه سترة أو مر بينه وبين السترة لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ ادرءوا ما

---

(١) الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم، عبد الرحمن بن قاسم ٤/١٨٠

استطعتم ﴾ (ويدرأ) أي يدفع (بالإشارة كما فعل النبي عليه الصلاة والسلام بولدي أم سلمة) ﴿ حيث كان يصلي في بيتها فقام ولدها عمر ليمر بين يديه." (١)

"(ولو كان الدين على مقر مليء) أي غني مقتدر (أو معسر تجب الزكاة لإمكان الوصول إليه ابتداء) أي في المليء (أو بواسطة التحصيل) يعني في المعسر فكان من قبيل اللف والنشر على السنن (وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة أو علم القاضي به لما قلنا) يعني من إمكان الوصول إليه .

قال الإمام فخر الإسلام : ولو كان له بينة عادلة وجبت الزكاة فيما مضى لأنه لا يعد تاويا لما أن حجة البينة فوق حجة الإقرار ، وهذا رواية هشام عن محمد ، وفي رواية أخرى عنه قال : لا تلزمه الزكاة لما مضى وإن كان يعلم أن له بينة ، إذ ليس كل شاهد يقبل ولا كل قاض يعدل ، وفي المحاباة بين يدي القاضي للخصومة ذل ، والبينة بدون القضاء لا تكون موجبة شيئا بخلاف الإقرار لأنه يوجب الحق بنفسه ، وبخلاف ما إذا كان الدين معلوما للقاضي لأن صاحب الدين هناك لا يحتاج إلى الخصومة لأن القاضي يلزمه بعلمه .

وقوله (ولو كان على مقر مفلس) بفتح اللام المشددة (فهو نصاب) أي موجب للزكاة (عند أبي حنيفة لأن تفليس القاضي) أي النداء عليه بأنه أفلس (لا يصح عنده) فكان **وجوده كعدمه** ، ولو لم يفلسه وجبت عليه الزكاة بالاتفاق لإمكان الوصول بواسطة التحصيل كما مر ، فكذا بعد التفليس (وعند محمد لا تجب) عليه (لتحقق الإفلاس بالتفليس) ولما صح التفليس عنده جعله بمنزلة المال التاوي والمجحود (وأبو يوسف مع محمد في تحقق الإفلاس) حتى تسقط المطالبة إلى وقت اليسار (ومع أبي حنيفة في حكم." (٢)

"السكوت .

وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر في الشروط إثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة ، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة ، وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر ؛ لأنه في الإسقاط ، فإن للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة ، فإذا رضي فقد أسقط حقه ، وإسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم .

---

(١) العناية شرح الهداية، ٢/١٥٣

(٢) العناية شرح الهداية، ٣/٦٠

وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى ؛ لأنه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم ، إلا إذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبي حنيفة فإن الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت **فوجوده كعدمه** .." (١)

"قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا إلخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا ، ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها ، والمنافي لشرط جواز الشيء مناف له ، وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى العدم ، ثم فسر ذلك بقوله (فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا) أي وجوب أجر المثل (لأنه) عمل لرب المال بالعقد و (ابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد) ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك في الربح (لكونه لرب المال لأنه نماء ملكه) فتعين أجر المثل ، وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة (ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف) قيل : والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة ، لأن ذلك تغيير المشروع وكان **وجوده كعدمه** (وقال محمد يجب) بالغا ما بلغ (كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأنه أجير ، وأجرة الأجير تجب بتسليم المنافع)كما في أجير الوحد فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه (أو) بتسليم (العمل)كما في الأجير المشترك (وقد وجد) ذلك (وعن أبي يوسف لا يجب) له شيء إذا لم يربح (اعتبارا بالمضاربة الصحيحة) فإنه فيها إذا لم يربح لا يستحق شيئا (مع أنها فوق الفاسدة) ففي الفاسدة أولى .
فإن قيل : ما جواب وجه." (٢)

" يقتص من المكره استحسانا وضمن جميع ذلك في ماله وإن لم يكن معروفا بذلك اقتص من المكره فيما فيه قصاص وضمن ما لا قصاص فيه هكذا في محيط السرخسي ولو أكره ليقر بغصب أو إتلاف وديعة فأقر لا يصح إقراره كذا في فتاوى قاضي خان ولو كان أكرهه على الإقرار بإسلام ماض منه فالإقرار باطل وكذلك لو أكره بوعيد تلف أو غير تلف على أن يقر بأنه لا قود له قبل هذا الرجل ولا بينة له عليه به فالإقرار باطل فإن ادعاه بعد ذلك وأقام البينة عليه به حكم له بالقود لأن ما سبق منه بالعفو قد بطل فكان **وجوده كعدمه** وكذلك لو أكره على أن يقر بأنه لم يتزوج هذه المرأة وأنه لا بينة له عليها بذلك

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٣٢/١٠

(٢) العناية شرح الهداية، ١٣٢/١٢

أو على أن هذا ليس بعبد وأنه حر الأصل فإقراره بذلك باطل لأن الإكراه دليل على أنه كاذب فيما أقر به فلا يمنع ذلك قبول بينته على ما يدعي من النكاح والرق بعد ذلك كذا في المبسوط ولو أكره على أن يخرج الكفيل بالنفس أو بالمال من الكفالة لا يصح ذلك فلو أكره الشفيع على أن يسكت عن طلب الشفعة فسكت لا تبطل شفعته كذا في فتاوى قاضي خان ولو أكره على تسليم الشفعة بعدما طلبها كان تسليمه باطلا ولو كان الشفيع حين علم بها أراد أن يتكلم بطلبها فأكره على أن لا ينطق بالطلب يوما أو أكثر كان على شفعته إذا خلي عنه فإن طلب عند ذلك وإلا بطلت شفعته كذا في الظهيرية وإذا ادعت امرأة على زوجها قذفا وجحده الرجل وقامت عليه البينة بذلك وزكوا في السر والعلانية وأمر القاضي الزوج أن يلاعنها فأبى أن يفعل وقال لم أقذفها وقد شهدوا علي بالزور فإن القاضي يجبره على اللعان ويحبسه حتى يلاعن فإن حبسه حتى لاعن أو هدده بالحبس حتى لاعن وقال أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا قاله أربع مرات ثم قال لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا والتعنت المرأة أيضا وفرق القاضي بينهما ثم ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف أو بطلت شهادتهم بوجه من الوجوه فإن القاضي يبطل اللعان الذي كان بينهما ويبطل الفرقة ويردها إليه ولو كان القاضي لم يحبسه حتى يلاعن ولم يهدد بحبس ولكنه قال قد شهدوا عليك بالقذف وقضيت عليك باللعان فالتعن ولم يزده على هذا فالتعن الرجل كما وصفت لك والتعنت المرأة ففرق القاضي بينهما ثم ظهر أن الشهود كانوا عبيدا فأبطل شهادتهم فإنه يمضي اللعان بين الزوج والمرأة ويمضي الفرقة ويجعلها بائنة من زوجها كذا في المبسوط وفي الخزانة ولو أكره القاتل على قبول الصلح عن دم العمد على مال فقبل لم يلزمه المال ويبطل القصاص كذا في التتارخانية وإذا أكره على العفو عن القصاص فعفا فالعفو جائز ولا يضمن المكره لولي القصاص شيئا وإذا أكره على إبراء مديونه فأبرأه فالإبراء باطل كذا في المحيط وإن أكره الولي المرأة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الإكراه فرضيت المرأة ولم يرض الولي فللولي طلب الفراق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا ليس له ذلك كذا في الكافي إذا أكره الرجل امرأته بضرب متلف لتصالح عن الصداق أو تبرئه كان إكراها لا يصح صلحها ولا إبراؤها في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وإن أكره الزوج امرأته وهددها بالطلاق أو بالتزوج عليها أو بالتسري لا يكون إكراها ولو أكرهت المرأة على إرضاع صغير أو أكره الرجل على أن يرضع من لبن امرأته صغيرا ففعل تثبت أحكام الرضاع ولو أكره الرجل على أن يحلف أن لا يدخل دار فلان فحلف تنعقد اليمين حتى لو دخل كان حانثا وكذا لو أكره على مباشرة شرط الحنث بأن كان حلف أولا أن لا يدخل دار فلان أو لا يكلم فلانا أو نحو ذلك ثم أكره على الدخول

والكلام ففعل كان حانثا وإذا تزوج الرجل امرأة ولم يدخل بها فأكره على الدخول بها ثبت أحكام الدخول من تأكد المهر ووجوب العدة وحرمة نكاح بنتها وغير ذلك كذا في فتاوى قاضي خان قال أبو بكر لو كان في يد رجل مال لرجل فقال له السلطان إن لم تعطني المال حبستك شهرا أو ضربتك سوطا أو أطوف بك في البلاد لا يجوز له أن يدفع المال إليه وإن فعل ذلك ضمن وإن قال أقطع يدك أو أضربك خمسين سوطا فدفع فلا ضمان عليه كذا

---

(١) ".

" أي : الإمام والمأمومون لأن المحدث أو النجس **وجوده كعدمه** فينقص العدد المعتبر للجمعة والعيد . | (ويتجه) : أن (نسيان) الإمام أو بعض المأمومين أن الحدث أو النجس كان قبل الصلاة أو فيها (كجهل) أي : فلا تلزمهم الإعادة مع أنه قدم في باب اجتناب النجاسة عدم الصحة في النسيان وفي الإنصاف : في هذه عليه الإعادة عند الجمهور وقطعوا به .

---

(٢) ".

" (خرصت) الثمرة (أولا) لأنه في حكم ما لا تثبت اليد عليه بدليل أن من اشترى ثمرة فذهبت بعطش أصابها ونحوه رجع على البائع بثمنها . والخرص لا يوجب وإنما يفعله الساعي ليتمكن المالك من التصرف فوجب سقوط الزكاة مع **وجوده كعدمه** . وإن تلف البعض زكى الباقي إن بلغ نصابا وإلا فلا (و) إن تلفت الزروع أو الثمار (بعد استقرار) أي : وضعها بجرين ونحوه (فلا) تسقط زكاتها كتلف النصاب بعد الحول . وكذا لو أتلفها أو تلفت بتفريطه بعد الوجوب ولو قبل الاستقرار فإنه يضمن نصيب الفقراء . صرح به في الكافي والشرح (ويلزم) رب مال (إخراج حب ومعدن مصفى) من تبنه وقشره (و) إخراج (ثمر يابسا) لحديث الدارقطني عن عتاب بن أسيد أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يخرص العنب زبيبا كما يخرص التمر ولا يسمى زبيبا وتمرا حقيقة إلا اليابس وقيس الباقي عليهما ولأن حال تصفية الحب وجفاف التمر حال كمال ونهاية صفات ادخاره ووقت لزوم الإخراج منه (فإن خالف) وأخرج سنبلا ورطبا وعنبا لم يجزئه إخراجه و (وقع نفلا) إن كان الإخراج للفقراء (فلو أخذه ساع رطبا رده) إن كان (باقيا

---

(١) الفتاوى الهندية، ٥٢/٥

(٢) مطالب أولي النهى، ٦٥٩/١

) لفساد القبض (و) عليه (ضمانه) إن كان (تالفا . فإن جف) الرطب والعنب (عنده) أي : الساعي وصفاه (أجزأ إن كان بقدر زكاة وإلا) بأن نقص عن الواجب (أخذ) الساعي (التفاوت) أي : ما بقي من الواجب (أو) زاد على الواجب (رده) أي : الزائد لمالكه لبقائه في ملكه (ويجوز) للمالك (قطع ما بدا صلاحه قبل كماله لضعف أصل أو خوف عطش أو تحسين بقية) حب لما فيه من المصلحة .

".[1]

" (وصحيحه) أي : الشرط الصحيح في البيع ثلاثة (أنواع) . أحدها (ما يقتضيه بيع) ؛ أي : بطلبه البيع بحكم الشرع (ك) شرط (تقابض ، وحلول ثمن ، وتصرف كل) من متبايعين (فيما يصير إليه) من ثمن ومثمن (و) اشتراط (رده) ؛ أي : المبيع (بعيب قديم) يجده به (ولا أثر لهذه الشروط) ؛ لأن البيع يقتضيه ، **فوجوده كعدمه** ، ولأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد . النوع (الثاني) : ما كان (من مصلحته) ؛ أي : المشترط له (كتأجيل) كل (ثمن أو بعضه) إلى أجل معين ، أو نقد الثمن مع غيبة المبيع المنقول عن البلد وبعده ، (أو) اشتراط (رهن ولو) كان الرهن (المبيع) ؛ فيصح اشتراط رهنه على ثمنه ، (أو) اشتراط (ضمين به) ؛ أي : الثمن (معينين) ؛ أي : الرهن والضمين ، وكذا شرط كفيل ببدن مشتر ، وليس للبائع طلب رهن أو ضمين من مشتر بعد العقد ، ولو لمصلحة ؛ لأنه إلزام للمشتري بما لم يلتزمه . (أو) يشترط المشتري (صفة في مبيع ، ك) كون (العبد) المبيع (كاتبا أو فحلا) كان الأولى إسقاط أو فحلا كما في ' الإقناع ' لأنه من مقتضيات العقد ؛ إذ لو اشترى عبدا فبان خصيا ؛ كان له الخيار ، وإن لم يشترط ذلك ؛ لأنه عيب يرد به المبيع (أو خصيا أو صانعا) ؛ أي : خياطا ونحوه (أو مسلما و) كون (الأمة بكرا أو تحيض ، و) كون (الدابة هملاجة) بكسر الهاء ؛ أي : تمشي الهملجة ، وهي مشية سهلة في سرعة ، (أو) كون الدابة (لبونا أي : كثيرة لبن أو) كونها (حاملا و) كون (الفهد أو البازي صيودا) ؛ أي : معلم الصيد ، (و) كون (الأرض) المبيعة خراجها كذا في كل سنة ، (و) كون (الطائر) المبيع (مصوتا ، أو يبيض ، أو يجيء من مسافة معلومة ، أو يصيح عند صباح أو مساء ، فهذه شروط لازمة) ؛ لأن في اشتراطها قصدا صحيحا ، وتختلف الرغبات باختلاف الصفات ، فلولا

---

(١) مطالب أولي النهى، ٢/٦٥

". (١)

" (تمر معقلي وبرني بإبراهيمي) ، وعكسه ، وكبرني وصيحاني بمعقلي وإبراهيمي مثلا بمثل ؛ لأن المعتبر المثلية في الوزن أو الكيل ، لا القيمة والجودة ، والمعقلي منسوب إلى معقل بن بشار ، والبرني بفتح فسكون تمر أصفر مدور ، وهو أجود التمر . (و) يصح ، بيع (لبن بذات لبن) – ولو من جنسه – (و) بيع (صوف بما) ، أي : حيوان (عليه صوف) من جنسه ، (و) بيع (ذات لبن) بمثلها ، (أو ذات صوف بمثلها) [؛ لأن النوى] بالتمر والصوف واللبن بالحيوان غير مقصود ، فلا أثر له . (و) بيع (درهم فيه نحاس بنحاس) خالص ، (أو) بدرهم (مساويه في غش بيقين) فإن زاد غش أحدهما ، بطل البيع ، وكذا إن جهل ؛ لأن النحاس في الدرهم غير مقصود ، فلا أثر له ، ولا يقابله شيء من الثمن ، أشبه ، الملح في الشيرج ، وحبات شعير بحنطة . (و) يصح بيع (تراب معدن) بغير جنسه ، (و) بيع تراب (صاغة بغير جنسه) ، لعدم اشتراط المماثلة إذن ، فإن بيع تراب معدن ذهب أو صاغة بفضة ، أو بالعكس ، اعتبر الحلول والتقابض بالمجلس ، ولا تضر جهالة المقصود ، لاستتاره بأصل الخلقة في المعدن ، وحمل عليه تراب الصاغة ، ولا يصح بجنسه ، للجهل بالتساوي . (و) يصح بيع (ما موه بنقد بنحو دار) ، كباب وشباك ، (لا حلي بجنسه) ، أي : النقد المموه به (و) بيع (نخل عليه تمر) أو رطب (بمثله) ، أي : بنخل عليه تمر أو رطب ، (و) بيع نخل عليه تمر (بتمر) ، أو رطب ؛ لأن الربوي في ذلك غير مقصود بالبيع ، فوجوده كعدمه ، (وثمرة كل) من نخل عليه تمر (لبائعه) . (ويتجه إن قصد الثمر أيضا) بالبيع حال العقد (ولا) يصح ، لشبهها

". (٢)

" جعلا للمائة في مقابلة الكيس ، وقد لا يساوي درهما ، وفي كلام الإمام إيماء لهذا المأخذ ، (إلا أن يكون) ما مع الربوي (يسيرا لا يقصد) بعقد ، (كخبز فيه ملح بمثله) ، أي : يخبز فيه ملح ، (و)كخبز فيه ملح (بملح) ؛ لأن الملح في الخبز لا يؤثر في وزن ، فوجوده كعدمه ، (أو) يكون ما مع الربوي (كثيرا) لا يقصد ، (لكن) جعل فيه (لمصلحة المقصود ، كماء بخل تمر أو) خل (زبيب ودبس) ، فلا يمنع الماء بيع ما ذكر من الخل والدبس (بمثله) ، فيجوز بيع خل التمر بخل التمر ، وخل

(١) مطالب أولي النهى، ٦٧/٣

(٢) مطالب أولي النهى، ١٦٦/٣

الزبيب بخل الزبيب ، ودبس التمر بدبس التمر ، مثلا بمثل ، يدا بيد ، ولا أثر لما في ذلك من الماء ؛ لأنه غير مقصود بالعقد ، وإنما هو لمصلحة المعقود عليه . ويجوز البيع إن كان مع الربوي (ماء) كثير ، لكنه (ليس لمصلحته) ، أي : مصلحة ما أضيف إليه ، (كلبن مشوب) بماء إذا بيع (بمثله) ، وكالأثمان المغشوشة إذا بيعت بأثمان خالصة ، فلا يجوز ، للعلم بالتفاضل . (ويصح) قوله : (أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم ، وبالنصف الآخر فلوسا) ، كدفع دينار ليأخذ بنصفه نصفا ، وبنصفه فلوسا ، وكما لو قال : أعطني بهذا الدرهم نصفا وفلوسا ، لوجود التساوي . ذكر ذلك الموفق والشارح وغيرهما . وفي بعض النسخ (ويتجه أن) – بتشديد النون – (صارف) قطع (دراهم) عدد (بنحو قرش مثلا) ، كريال (إذا) أعطى من يصارفه القرش ، و (أخذ) بدل بعض قطع دراهم ، وأخذ (تتمته فلوسا أو حاجة ، يجوز) ، وقولهم : أعطني بنصف هذا الدرهم نصفا وبالآخر فلوسا ، ليس بقيد ، لما فيه من الحرج والتضييق ، بل إن كانت الفلوس مقدار العشر أو أقل منه ، جاز ، طلبا لليسر والسهولة ، ولا يرد ما تقدم من أنه يعتبر لصحة بيع درهم فيه غش بدرهم مساو له في الغش يقينا ، فإن ذاك في بيع درهم في درهم مثله ، وأما هنا فبيع قرش بقطع دراهم ، وتتمته فلوسا أو غيرها ، وهذا لا يسع الناس غيره ، لعموم البلوى به ودعاء الحاجة إليه ، وهذا الاتجاه [إن]

". (١)

" عتقه) ؛ لدلالة التدبير والكتابة على الرجوع و (لا) تبطل الوكالة (إن وكل هو) – أي القن – (في شيء) – أي تصرف ما – (ولو عتق) ؛ أي : عتقه سيده ، أو عتق عليه ؛ (أو بيع) ؛ أي : باعه سيده (ونحوه) ؛ بأن وهبه أو كاتبه ؛ لأن ذلك لا يمنع ابتداء الوكالة ، فلا يمنع استدامتها . وكذا إن وكل إنسان عبد غيره ، فأعتقه السيد أو باعه أو وهبه أو كاتبه أو أبق العبد ، لكن في صورة البيع والهبة إن رضي المشتري ببقائه على الوكالة إن لم يكن المشتري والمتهب الموكل ؛ فالوكالة باقية ، (وإلا بأن لم يرض من ملكه) من مشتر ومتهب (ببقاء وكالته) – أي العبد – بطلت الوكالة ؛ لأن العبد لا يتصرف بغير إذن مالكه ، وأما إذا اشتراه أو اتهبه الموكل من مالكه ؛ فلا بطلان ؛ لأن ملكه إياه لا ينافي إذنه في البيع والشراء . و (لا) تبطل الوكالة (بسكناه) – أي الموكل – داره بعد أن وكله في بيعها ونحوه ؛ لأن ذلك لا يدل على رجوعه عن الوكالة ولا ينافيها (أو) ؛ أي : ولا تبطل الوكالة أيضا (ببيعه) – أي الموكل –

(١) مطالب أولي النهى، ٣/١٦٨

بيعا (فاسدا ما) – أي شيئا – (وكله في بيعه) ؛ لأن البيع الفاسد لا ينقل الملك . (ويتجه وكذا) ؛ أي : لا يبطل الوكالة (كل عقد فاسد ؛ لأنه) – أي العقد الفاسد – (لم ينقل الملك) ، **فوجوده كعدمه** ، وهو متجه (و) تبطل الوكالة (بوطئه) – أي الموكل – زوجة وكل في طلاقها ؛ لأن الوطء دليل رغبته فيها واختيار إمساكها ، ولذلك كان رجعة في المطلقة رجعيا . (ويتجه و) تبطل الوكالة (ببينونته) – أي الموكل زوجته ؛ لأنه زال تصرف الموكل ، فزال توكيله ، (لا بقبلته) أو مباشرته لها دون فرج ،

". [1]

" ومن لا حذق له **وجوده كعدمه** ؛ (فتبطل) المناضلة بين حزبين ، إذا كان في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي (فيمن لا يحسنه من أحد الحزبين ، ويخرج مثله) – أي : من جعل بإزائه – (من) الحزب (الآخر) إذا كان كل واحد من الريسين يختار إنسانا والآخر في مقابلته آخر ، فمن لا يحسن الرمي ؛ بطل العقد فيه ، وأخرج مقابله ؛ كالبيع إذا بطل في بعض المبيع سقط ما قابله من الثمن . (ولهم) – أي : لكل حزب الفسخ إن أحبوا ؛ لتبعيض الصفقة في حقهم . (وإن تعاقدوا) ؛ أي : عقدوا النضال (ليقتسموا بعد العقد حزبين) ؛ أي : ليعين رئيس كل حزب من معه برضاهم (لا بقرعة ؛ صح) العقد ؛ لأن القرعة قد تقع على الحذاق في أحد الحزبين وعلى الكوادن في الآخر ؛ فيبطل مقصود النضال ، ولأنها إنما تخرج المبهمات ، والعقد لا يتم حتى يتميز كل حزب . (و) شرط أن (يجعل لكل حزب رئيس ، فيختار أحدهما) – أي : أحد الرئيسين (واحدا) من الرماة ، ثم يكون معه ، (ثم) يختار الرئيس (الآخر) من الرئيسين (آخر) من الرماة (حتى يقرعه) ، فيتم العقد على المعينين بالاختيار إذن ، ولا يجوز اختيار كل منهما أكثر من واحد ؛ لأن اختيار اثنين فأكثر يبعد من التساوي والعدل . (وإن تشاحا فيمن يبدأ) من الرئيسين (بالخيرة ؛ اقترعا) ، فمن خرجت له القرعة اختار أولا ؛ إذ القرعة تميز المستحق ، بعد ثبوت الاستحقاق لغير معين ، وتساوي أهله . (ولا يجوز جعل رئيس الحزبين واحدا) ؛ لأنه لا يضره أي الحزبين سبق لتقديره لهما ، فيفوت مقصود المناضلة (ولا) يجوز جعل (الخيرة في تمييزهم) – أي : الحزبين – إليه – أي إلى واحد – لما تقدم . وإن أرادوا القرعة لإخراج الرئيسين ؛ جاز لقلة الغرر ، ولا يجوز لأحدهما أن يختار جميع حزبه ولا ؛ لأنه ترجيح له بلا مرجح ؛ ويفضي إلى عدم التساوي .

---

(١) مطالب أولي النهى، ٣/٤٥٥

" .(١)

" أو فتح أصطبل حيوان (أو حل قيد قن أو أسير أو دفع) للقن أو الأسير (مبردا فبرده) – أي : القيد وفات أو أتلف شيئا ضمنه (أو حل فرسا أو حل سفينة أو بهيمة غير ضارية ليلا) لا نهارا إذ على أرباب الأموال حفظها من الدواب بالنهار (ففات) ذلك بأن ذهب الطائر من القفص أو دخل إليه حيوان فقتله أو هرب القن أو الأسير أو شردت الفرس ونحوها وغرقت السفينة لعصوف ريح أولا أو عقر شيئا من ذلك بسبب إطلاقه بأن كان الطير جارحا فقلع عين حيوان وكذا لو حل سلسلة فهد فقتل أو عقر ضمنه | (أو أتلف) الطائر أو القن أو الغرس ونحوه (شيئا) كأن كسر إناء أو قتل إنسانا ونحوه أو أتلف مالأ أو أتلفت الدابة التي حلها زرعا أو غيره أو انحدرت السفينة التي حلها على شيء فأتلفته ونحوه ضمنه لأن المباشرة إنما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة وأشلى كلبا على صيد فقتله أو أطلق نارا في متاع إنسان فإن للنار فعلا لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان **وجوده كعدمه** ولأن الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وإنما يبقى بالمانع فإذا أزيل المانع ذهب لطبعه فكان الضمان على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا حل قيد العبد أو الأسير | قال في الفنون : إلا ما كان من الطيور يألف الرواح ويعتاد العود فلا ضمان في إطلاقه (أو حل وكاء) – بكسر الواو – وهو حبل يربط به نحو القربة (زق) – بكسر الزاي – أي : ظرف (مائع) فاندفق أو حل وكاء زق (جامد فأذابته الشمس) فاندفق ضمنه بخلاف ما لو أذابته نار قربها إليه غيره فإن قياس المذهب يضمنه مقرب النار ذكره المجد | (أو بقي) الزق (بعد حله) منتصبا (فألقته ريح أو) ألقاه (نحو طير) كحيوان أو زلزلة (فاندفق) (فخرج ما فيه كله في الحال أو خرج قليلا قليلا أو خرج منه شيء بل أسفله فسقط فاندفق أو ثقل أحد جانبيه

" .(٢)

" | ولا يضمن (رب) بهائم (غير ضارية) – أي : معروفة بالصول – وغير جوارح وشبهها ما أتلفته إن لم تكن يده عليها هذا المذهب وعليه الأصحاب (ولو) كان ما أتلفته البهيمة صيدا بالحرم) لقوله عليه الصلاة والسلام (العجماء جرحها جبار) | (١) | أي : هدر فإن كانت ضارية ضمن | (

---

(١) مطالب أولي النهى، ٧١٣/٣

(٢) مطالب أولي النهى، ٧٢/٤

ويضمن) جناية دابة (مطلقا) سواء كانت ضارية أو لا راكب وسائق وقائد) لدابة مالكا كان أو غاصبا أو مستأجرا أو مستعيرا أو موصى له بنفعها أو مرتهنا (قادر على التصرف فيها) لأن العاجز عن التصرف **وجوده كعدمه** | (ويتجه اشتراط تكليفه) – أي : المتصرف القادر على التصرف – إذ الأحكام تناط بالمكلف دون غيره وهو متجه | (جناية يدها وفمها وولدها) ولو لم يفرط لأنه تبعها وظاهره سواء جنى بيده أو فمه أو رجله أو ذنبه | ولو قيل : يضمن منه ما يضمن منها فقط لكان له وجه (ووطئها برجلها) لحديث النعمان بن بشير مرفوع١ : من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن + (رواه الدارقطني) + ولأن

١- (متفق عليه)

". (١)

" اشترى جميعه بضعفه أو أظهر أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو وغيره أو بالعكس بأن أظهر انه اشترى الشقص وغيره فبان أنه اشتراه وحده (أو) لإظهار أحد ممن ذكر (نقص مبيع أو) لإظهار (هبة) أي : أن المبيع موهوب (أو) أظهر المشتري (أن المشتري غيره فبان) الأمر (بخلافه) أي : بأنه هو المشتري أو أظهر انه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره (أو) أخر شفيع الطلب والإشهاد عليه (لتكذيب مخبر) له (يقبل) خبره فهو (على شفعته) إذا علم بالحال فلا يكون ذلك مسقطا لشفعته لأنه إما معذور أو غير عالم بالحال على وجهه كما لو لم يعلم مطلقا ولأن خبر من لا يقبل خبره مع عدم تصديق شفيع له **وجوده كعدمه** فإن صدقة سقطت شفعته لاعترافه بوقوع البيع وتأخيره كما لو أخبره ثقة فلم يصدقه | فأما إن أظهر المشتري أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر فلا شفعة لأن من لا يرضى بالقليل لا يرضى بأكثر منه أو أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به البعض سقطت شفعته لأن من لم يرض بأخذ الشقص كله بذلك الثمن لا يرضى بأخذ بعضه | (وتسقط) شفعته (إن كذب) مخبرا له (مقبولا) خبره – ولو واحدا – لأنه خبر عدل يجب قبوله في الرواية والفتيا والأخبار الدينية أشبه ما لو أخبره أكثر من عدل (أو قال) شفيع (لمشتر) شقصا بعنيه أو أكرنيه) أو قاسمني (أو صالحني) عنه مع أنه لا يصح الصلح مع الشفعة (أو) قال له : (هبة لي) أو ائتمني عليه (أو بعه من شئت ونحوه) كأعطه لمن شئت أو وله إياه ومثله قوله للمشتري : اشتريت غاليا أو بأكثر مما أعطيت أنا لأن

---

(١) مطالب أولي النهى، ٤/٨٦

هذا وشبهه دليل رضاه بشرائه وتركه للشفعة وإن قيل له : شريكك باع نصيبه من زيد فقال : إن باعني زيد وإلا فلي الشفعة كان ذلك كقوله لزيد بعني ما اشتريت | قدمه الحارثي (أو حبس بحق ولم يبادر لطلب) الشفعة (أو

". (١)

" |) ومن مات بدئ من تركته ب) كفنه وحنوطه و) مؤنة تجهيزه) بالمعروف ودفنه من صلب ماله) مقدما) ذلك) على نحو دين برهن) كأرش جناية إذ لا يقضى دينه إلا بما فضل عن حاجته) وما بقي) بعد مؤنة تجهيز بالمعروف) فتقضى منه ديونه) سواء وصى بها أو لا وتقدم ويبدأ منها بالمتعلق بعين المال كدين برهن وأرش جناية برقبة العبد الجاني ثم الديون المرسلة في الذمة سواء كانت لله تعالى) كزكاة) المال وصدقة الفطر و) الكفارة والحج الواجب والنذر) أو) كانت) لآدمي كدين) من قرض وثمن وأجرة وجعالة استقرت ونحوها كعقل بعد الحول) وأرش جناية وقيمة متلف) لما تقدم من أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية فإن ضاق المال تحاصوا) وما بقي) بعد ذلك) فتنفذ وصاياه) لأجنبي) من ثلثه حيث لا إجازة) من الورثة) ثم يقسم ما بقي) بعد ذلك) على ورثته) لقوله تعالى ! ٢ (٢) ٢ ! |) وأسباب إرث) أي : انتقال التركة عن ميت إلى حي بموته) ثلاثة فقط) فلا يرث ولا يورث بغيرها كالموالاة أي : المؤاخاة والمعاقدة وهي المحالفة وإسلامه على يديه وكونهما من أهل ديوان واحد والتقاط لحديث : إنما الولاء لمن أعتق | أحدها :) رحم وهو القرابة) لقوله تعالى ^) وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) ^ |) و) الثاني) نكاح) لقوله تعالى ! ٢ (٣) ٢ ! الآية) وهو عقد الزوجية الصحيح) سواء دخل أو لا فلا إرث في نكاح فاسد لأن **وجوده كعدمه** |) و) الثالث) ولاء عتق) فيرث به المعتق وعصبته من عتيقه) ولو) كان

". (٤)

---

(١) مطالب أولي النهى، ١١٥/٤

(٢) من بعد وصية يوصي بها أو دين

(٣) ولكم نصف ما ترك أزواجكم

(٤) مطالب أولي النهى، ٥٤٣/٤

"كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن وإن كان مع الثانية عصبتها كان الباقي – وهو النصف – بينهما على ثلاثة وإن كان مع الثالثة فالباقي – وهو الثلث – بينهما على ثلاثة وإن كان مع الرابعة فالباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة وإن كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الأولى والثانية بينهم على خمسة وتصح من ثلاثين وإن كان أنزل من الخامسة فكذلك | قال في المغني : ولا أعلم في هذا اختلافا بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد استكماله الثلثين | فائدة : ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته وعمة أبيه وجده وبنات أعمامه وبنات أعمام أبيه وجده إلا المتسفل من أولاد الابن |) وكذا) يسقط) أخوات لأب مع) وجود) أخوات لأبوين) لقربهن إلى الميت بإدلائهن إليه بسببين) إلا أنه لا يعصبهن) أي : الأخوات لأب أحد) إلا أخوهن) فقط للذكر مثل حظ الانثيين خلافا لابن مسعود وأتباعه فلو استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين وثمة أخوات لأب وابن أخ لهن لم يكن للأخوات اللاتي للأب شيء وكان الباقي لابن الأخ بخلاف ما سبق في ابن الابن فإنه ابن وإن نزل وابن الأخ ليس بأخ |) وحيث عصب البنات الأخوات حجبن من بعدهن) هذا قول عامة أهل العلم |) ومن لا يرث) لمانع فيه من رق أو قتل أو اختلاف دين) لا يحجب) نقل أبو الحارث في أخ مملوك وابن أخ حر | المال لابن أخيه روي عن عمر وعلي) مطلقا) لا حرمانا ولا نقصانا لأن **وجوده كعدمه**) إلا الأخوة فقد لا يرثون) لوجود الأب) ويحجبون الأم نقصانا) من الثلث إلى السدس

---

(١) ".

" أنه قريب ، ولم يعلم مكانه (أو تعذرت مراجعته) أي : الأقرب (بأمر أو) تعسرت مراجعته (بحبس) ولو كان محبوسا في مسافة قريبة (زوج) في هذه الصور كلها (حرة) ولي (أبعد) وهو الذي يلي الأقرب المذكور في الولاية أما إذا كان طفلا أو كافرا وهي مسلمة ، أو فاسقا أو عبدا ، فلعدم ثبوت الولاية للأقرب مع اتصافه بما ذكر ؛ **فوجوده كعدمه** ، وأما مع عضل الأقرب أو غيبته الغيبة المذكورة ، أو تعذر مراجعته فلتعذر التزويج من جهته ؛ أشبه ما لو جن ، فإن عضلوا كلهم زوجها حاكم . (و) زوج (أمة حاكم) ؛ لأن له نظرا في مال الغائب . (ويتجه) أن الحاكم يزوج أمة من عذر بشيء مما ذكر (إن كان لا ولي لها) أي : الأمة (غيره) أي : غير سيدها المعذور ، أما إذا كانت مشتركة ، واضطرت للفراش ؛ فللحاضر تزويجها كالحرة يزوجها الأبعد عند تعذر الأقرب وهو متجه . (وإن زوج) امرأة (حاكم) مع

---

(١) مطالب أولي النهى، ٥٦٩/٤

وجود وليها ؛ لم يصح (أو) زوجها ولي (أبعد بلا عذر للأقرب) إليها منه (لم يصح) ولو أجازه الأقرب ، لأن الحاكم والأبعد لا ولاية لهما مع من هو أحق منهما ؛ أشبه ما لو زوجها أجنبي (فلو كان الأقرب) عند تزويج الحاكم ، أو الأبعد (لا يعلم أنه عصبة) ثم علم بعد العقد لم يعد (أو) كان المعهود عدم أهلية الأقرب لصغر ونحوه ، ولم يعلم أنه (صار) أهلا (أو عاد أهلا) فزوج (بعد مناف) كالجنون (ثم علم) أنه صار أهلا أو عاد أهلا قبل تزويجها ؛ لم يعد العقد (أو استلحق بنت ملاعنة أب بعد عقد) وليها عليها (لم يعد) العقد استصحابا للأصل في جميع هذه الصور . (ويلي كتابي نكاح موليته) كبنته وأخته (الكتابية) لقوله تعالى : ﴿ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ﴾ (حتى) في تزويجها (من مسلم) ؛ لأنه وليها ، فيصح أن يزوجها

" (١) .

" ؛ فلا يترتب عليه أثره ، ولا يتوارثان ، ولا تسمى زوجته لما سبق ، وهو متجه . (ويصح النكاح إلى الممات) بأن يقول : زوجتك إلى الممات ، فيقبل الزوج ، فيصح ، ولا أثر لهذا التوقيت ؛ لأنه مقتضى العقد . تنبيه : وإن لم يدخل بها في عقد المتعة وفيما حكمنا به أنه كمتعة كالتزويج بلا ولي ولا شهود ؛ وجب على الزوج أن يطلق ، فإن لم يطلق ، فسخ الحاكم النكاح ، وفرق بينهما ؛ لأنه نكاح مختلف فيه ، ولا شيء على الزوج من مهر ولا متعة ؛ لفساد العقد ؛ **فوجوده كعدمه** . والنكاح المعلق رابع الأشياء المبطلة للعقد من أصله ، وهو تعليق ابتداء النكاح على شرط مستقبل ، غير مشيئة الله تعالى (ك) قول الولي (زوجتك) ابنتي (إذا جاء رأس الشهر أو) زوجتكها (إن رضيت أمها) أو إن رضي فلان أو على أن لا يكره فلان (أو إن وضعت زوجتي بنتا فقد زوجتكها) فيبطل النكاح في هذا كله ؛ لأنه معلق على شروط ، ولأنه عقد معاوضة فلا يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ، ولأن ذلك وقف للنكاح على شرط ، ولا يجوز وقفه على شرط . (ويصح) تعليق النكاح على شرط ماض وحاضر ، فالماضي كقول الولي (زوجتكها إن كانت بنتي ، أو) زوجتكها إن (كنت وليها أو انقضت عدتها ، وهما يعلمان ذلك) أي : أنها بنته ، أو أنه وليها ، أو أن عدتها انقضت . والشرط الحاضر أشار إليه بقوله : أو زوجتكها إن شئت ، فقال : شئت وقبلت ، فيصح النكاح (ك) ما لو قال الولي (زوجت) إن شاء الله (و) قال

---

(١) مطالب أولي النهى، ٥/٦٧

الزوج (قبلت إن شاء الله) لأنه ليس بتعليق حقيقة ، بل توكيد وتقوية . (النوع الثاني) من الشروط الفاسدة وهو ما يصح معه النكاح نحو (أن

". (١)

") وهو سيدها الذي زوجه إياها ، لأن ذلك لا فعل فيه للزوجة ولأن الفرقة إنما حصلت بقبول زوجها في عقد البيع (أو) أي : يتنصف بكل فرقة من (قبل أجنبي) (كرضاع) أمه أو أخته أو زوجة أبيه أو ابنه وزوجة له صغرى رضاعا محرما (ووطء) أبي الزوج أو ابنه الزوجة ، وكذا لو طلق ونحوه حاكم ونحوه على مول . (ويتجه لا إن) احتالت الزوجة على تقرير الصداق بأن (استدخلت ذكر) زوجها الذي لم يدخل بها وهو (نائم) فلا يعد ذلك دخولا ، ولا يتقرر صداقها بهذا الفعل ؛ لأنه لا صنع للزوج فيه ، وعليها العدة ، وهو متجه . (قبل دخول) لأنه لا فعل للزوجة بذلك ، فيسقط به صداقها ، ويأتي في الرضاع أنه يرجع على مفسد بما لزمه . (ولو أقر) الزوج (بنحو رضاع) كنسب ومصاهرة بأن يقول : هي أختي من الرضاع أوالنسب ، أو يقول : هي حماتي (قبل) إقراره (عليه) في انفساخ النكاح ؛ لأنه أقر بحق عليه فأخذ به ، و (لا) يقبل إقراره (عليها) في إسقاط نصف الصداق ؛ لأنه إقرار على الغير . تنبيه : فإن صدقته الزوجة على ما أقر به من المفسد للنكاح ، أو ثبت ببينة ؛ سقط الصداق ؛ لفساد العقد ، **فوجوده كعدمه** . (ويقرره) أي : الصداق المسمى (كاملا) حرة كانت الزوجة أو أمة (موت) أحد الزوجين (ولو بقتل أحدهما الآخر أو) قتل أحدهما (نفسه) لبلوغ النكاح نهايته ، فقام ذلك مقام الاستيفاء في تقرير المهر ، ولأنه أوجب العدة عليها ، فأوجب كمال المهر لها كالدخول (أو) كان (موته) أي : الزوج (بعد طلاق) امرأته (في مرض موته) المخوف (قبل دخول) لأنه يجب عليها عدة الوفاء إذن ، ومعاملة له بضد قصده

". (٢)

" . (ومهر المثل معتبر بمن يساويها من جميع أقاربها) أي : المفوضة (كأم وأخت وخالة وعمة وغيرهن) كبنت أخ وبنت عم (القربى فالقربى) لما في حديث ابن مسعود : ﴿ ولها صداق نسائها ﴾

---

(١) مطالب أولي النهى، ١٢٩/٥

(٢) مطالب أولي النهى، ٢٠٤/٥

لأن المرأة تنكح لحسبها ، للأثر ، وحسبها يختص به أقاربها ويزداد المهر لذلك ، ويقل لعدمه ، ويعتبر التساوي (في مال وجمال وعقل وأدب وسن وبكارة أو ثيوبة وبلد) وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله بالصداق ، لأن مهر المثل بدل متلف وهذه الصفات مقصودة فيه فاعتبرت (فإن لم يكن) في نسائها (إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها) لأن زيادة فضيلتها تقتضي زيادة مهرها فتقدر الزيادة بقدر الفضيلة (أو) لم يوجد في نسائها (إلا فوقها نقصت بقدر نقصها) كأرش العيب يقدر بقدر نصف المبيع ؛ لأن له أثرا في تنقيص المهر ، فوجب أن يترتب بحسبه (وتعتبر عادة) نسائها (في تأجيل) مهر أو بعضه (وغيره) فإن كان عادة عشيرتها ال تأجيل في المهر فرض مؤجلا وإلا فرض حالا ؛ لأنه بدل متلف ، فوجب أن يكون حالا كقيم المتلفات ، وإن كان عادتهم تسمية مهر كثير لا يستوفونه قط ، **فوجوده كعدمه** . قال الشيخ تقي الدين : لا يقال مهر المثل بدل متلف ، فوجب أن يختلف كسائر المتلفات ، لأن النكاح يخالف سائر المتلفات باعتبار أن المقصود منه أعيان الزوجين ، بخلاف بقية المتلفات ، فإن المقصود منها المالية خاصة ، فلذلك لم تختلف باختلاف العوائد (فإن اختلفت) عادتهن في الحلول والتأجيل (أو) اختلفت (المهور) قلة وكثرة (أخذ) بمهر (وسط) لأنه العدل (حال) من نقد البلد ، فإن تعدد فمن غالبه ؛ لأنه بدل متلف ، فأشبه قيم المتلفات . (وإن لم يكن لها أقارب) من النساء (كلقيطة اعتبر شبهها بنساء بلدها) لأن ذلك له أثر في الجملة (فإن عدمن) أي نساء بلدها بأن لم يكن فيهن من يشبهها (ف) الاعتبار (بأقرب النساء شبها بها من أقرب بلد إليها) لأن الإضافة في قوله : ولها صداق نسائها لأدنى ملابسة فإن تعذر أقاربها اعتبر أقرب النساء شبها بها من غيرهن ، كما تعتبر

".[1]

" القرابة البعيدة عند عدم القرابة القريبة (ومن كان عادتهم التخفيف) في المهر (على عشيرتهم دون غيرهم ، اعتبر ذلك) لأن العادة لها أثر في المقدار فكذا في التخفيف . فصل (ولا مهر بفرقة قبل دخول) أو خلوة (في نكاح فاسد ، ولو بطلاق أو موت) ؛ لأن المهر يجب بالعقد الفاسد **وجوده كعدمه** ، فإذا افترقا قبل الدخول بطلاق أو غيره ؛ فلا مهر فيه ؛ لأنه عقد فاسد ، فيخلو من العوض كالبيع الفاسد والإجارة الفاسدة (وإن وطئ أو خلا بها) فيه (استقر) عليه (المسمى) نصا لما في بعض ألفاظ عائشة ، ولها الذي أعطاها بما أصاب منها . قال القاضي : حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد

---

(١) مطالب أولي النهى، ٥/٢٢٢

بإسنادهما ، ولأنهما اتفقا على أنه المهر ؛ فيلزمهما ذلك باعترافهما واستقراره بالخلوة بقياسه على العقد الصحيح ، ولأنه مع فساده ينعقد ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت ونحو ذلك (بخلاف بيع فاسد) تلف (ف) إن (فيه قيمته أو مثله لا ثمنه) ذكر معناه في ' الإنصاف ' قال في شرح الإقناع قد يشكل عليه ما يأتي في الطلاق من أن العتق يقع في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد ، إلا أن يقال : هذا حكم من أحكام البيع وأكثرها منتف ، بخلاف النكاح . (ويجب مهر مثل بوطء ، ولو) كان الوطء (من مجنون في) نكاح (باطل إجماعا) كنكاح خامسة أو معتدة (لجاهلة تحريم) . (و) يجب مهر المثل للموطوءة (بشبهة) كمن وطئ امرأة ليست زوجة ولا مملوكة يظنها زوجته أو مملوكته . قال في ' الشرح '' والمبدع ' بغير خلاف

" (١) .

" إلا مع نية أو قرينة) تخص الرؤية بحال ، فإذا رأته فلا تطلق ؛ في غيرها (ولا تطلق إن رأت خياله في ماء أو مرآة أو جالسته عمياء) لأنها لم تره إلا أن تكون نية أن لا تجتمع به فيحنث إن جالسته عمياء (و) إن قال (من بشرتني أو أخبرتني بقدوم أخي فهي طالق ، فأخبره) به (عدد) اثنتان فأكثر من نسائه (معا طلق) ذلك العدد ؛ لوقوع لفظة من على الواحد فأكثر . قال تعالى : ﴿ فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ﴾ (و) ألا يبشرنه أو يخبرنه معا ، بل مرتبا ، فسابقة صدقت تطلق ، لأن التبشير حصل بإخبارها خبر صدق تتغير به بشرة الوجه من سرور أو غم ، والخبر الكاذب وما بعد علم المخبر وجوده كعدمه (وإلا) تصدق السابقة (فأول صادقة) منهن تطلق ؛ لأن السرور والغم حصل بخبرها . (ويتجه باحتمال) قوي (وكذا) قوله لزوجاته (من أنذرتني) منكن (العدو) فهي طالق ، فأنذره عدد منهن ؛ طلق ذلك العدد ؛ لأن من تقع على الواحد فما زاد ، قال تعالى : ﴿ ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحا نؤتها أجرها مرتين ﴾ لأنه قد حصل الإنذار بالعدد معا ، فطلق العدد ؛ لوجود الصفة ، وهو متجه . فائدة : لو قال إن ظننت بي كذا فأنت طالق ، فظنته به ، طلقت ، لا يقال : الظن لا ينتج قطعيا ، فكيف تطلق ؟ ؛ لأن المعنى إن حصل لك الظن بكذا ، إلى آخره لحصول قطعي ؛ فيورث قطعيا (و) إن قال (إن دخل داري أحد فأنت

---

(١) مطالب أولي النهى، ٢٢٣/٥

". (١)

" فعل الجميع ، فلم يبر إلا به (ف) لو حلف (ليأكلن الرغيف ، أو) حلف (ليدخلن الدار ؛ لم يبر حتى يأكله) أي : الرغيف (كله أو يدخلها) أي : الدار (بجملته) فلو أدخلها بعض جسده ، أو دخل طاق الباب منها ؛ لم يبر ؛ لأنه لم يدخلها . ولو حلف مدين لا تأخذ حقك مني فأكره المدين على دفعه إلى رب الدين المحلوف عليه لا يأخذه ؛ فأخذه ؛ حنث ، أو أخذ رب الدين دينه من المدين الحالف قهرا ؛ حنث لوجود الأخذ المحلوف عليه اختيارا ، وإن أكره صاحب الحق على أخذه ، فأخذه ، فكما لو حلف لا يفعل شيئا ، ففعله مكرها ؛ فلا يحنث مطلقا ؛ لأن الفعل لا ينسب إلى المكره ، وفي بعض النسخ : ويتجه . ولا أثر لنحو فت سقط من الرغيف حتى أكله ؛ فلا عبرة به ، ولا حنث ؛ لأن ما يتناثر من الأكل عند وضع الطعام في فمه يسير جدا فلا يترتب عليه حكم ؛ إذ **وجوده كعدمه** ، وهو متجه : . (و) إن حلف (لا يفعل شيئا) ولا نية ، ولا سبب ، ولا قرينة ، ففعل بعضه ؛ لم يحنث . (أو) حلف على (من يمتنع بيمينه) كزوجة وقرابة من نحو ولد وكذا غلامه لا يفعل شيئا (وقصد منعه) من فعل شيء (ولا نية) تخالف ظاهر لفظه (ولا سبب ولا قرينة) تقتضي المنع من بعضه (ففعل) الحالف أو المحلوف عليه (بعضه) كمن حلف لا يأكل رغيفا ، فأكل بعضه (لم يحنث) الحالف ، نص عليه فيمن حلف على امرأته لا تدخل بيت أختها ؛ لم تطلق حتى

". (٢)

" فصل (وإن وطئت معتدة بشبهة أو) وطئت (بنكاح فاسد) بأن تزوجت بعد انقضاء العدة والحيضة الثالثة قبل أن تغتسل فرق بينهما ؛ لأن العقد الفاسد **وجوده كعدمه** و (أتمت عدة الأول) سواء كانت عدته من نكاح صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة أو زنا ما لم تحمل من الثاني فتنقضي عدتها منه بوضع الحمل ثم تتم عدة الأول (ولا يحسب منها) أي : عدة الأول (مقامها عند الثاني) بعد وطئه ، (وله) أي : من طلق رجعيا (رجعة رجعية في التتمة) أي : تتمة عدته ، لعدم انقطاع حقه من رجعتها ؛ كما لو وطئت بشبهة ؛ أو زنا . (ويتجه احتمال و) للزوج الأول رجعتها (في زمن إقامتها عند) الزوج (الثاني) ويحسب من عدتها من حين ارتجعها ، ولا يضر مقامها عند الثاني بعد علمه بارتجاعها حيث

---

(١) مطالب أولي النهى، ٥/٤٤٦

(٢) مطالب أولي النهى، ٥/٤٥١

كان أمينا عليها واعتزلها عند محارمه حتى أتمت عدة الأول (ثم) سلمها إليه ، وهو متجه لكن المذهب ، ثم إذا فارقها بنت على عدتها من الأول ؛ لأن حقه أسبق ، ولأن عدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح وبعد فراغها من إتمام عدة الأول (تعتد) وجوبا (لوطء الثاني) ولا تتداخل العدة ؛ لخبر مالك عن علي أنه قضى في التي تتزوج في عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول ، وتعتد من الآخر ، ولأنهما حقان مقصودان لآدميين كالدينين . (وإن ولدت من أحدهما) أي : الزوج والواطئ بشبهة ، أو الزوج الأول والثاني الذي تزوجته في عدتها (بعينه) كأن ولدته (لدون ستة أشهر من وطء

---

(١) ".

" على أنه لا حكم للرضاعة بعدهما . وعن عائشة مرفوعا ﴿ : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : دخل عليها وعندها رجل ، فتغير وجه النبي صلى الله عليه وسلم . فقالت يا رسول الله : إنه أخي من الرضاعة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظرن إخوانكن فإنما الرضاعة من المجاعة ﴾ . متفق عليه . قال في ' شرح المحرر ' يعني في حال الحاجة إلى الغذاء أو اللبن . وعن أم سلمة مرفوعا : ﴿ لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام ﴾ . رواه الترمذي وقال حسن صحيح . (ويتجه باحتمال) مرجوح أنه إذا ثبت الارتضاع بعد العامين **فوجوده كعدمه** (و) إن كان ثبوته (مع شك) هل وقع فيهما أو بعدهما (فالأصل) في الرضيع (الصغر) وإن الرضاع وقع فيهما ؛ فوجب التحريم بعدهما عملا بالأصل ، لكن قال في ' المبدع ' آخر الفصل الثاني من هذا الباب : وإن شكت المرضعة في الرضاع أو كما له في الحولين ول ا بينة فلا تحريم ، الشرط (الثاني أن يرتضع) الطفل (خمس رضعات) فأكثر ؛ لحديث ﴿ عائشة قالت : أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ، فنسخ من ذلك خمس رضعات ؛ وصار إلى خمس رضعات معلومات يحرمن ، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم والأمر على ذلك ﴾ رواه مسلم . وروى مالك عن الزهري عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل أرضعي سالما خمس رضعات ، فيحرم بلبنها . والآية فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة ، وصريح ما رويناه يخص مفهوم ما رواه وهو : ﴿ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ﴾ فيجمع بين الأخبار بحملها على الصريح الذي رويناه

---

(١) مطالب أولي النهى، ٥/٥٧٥

" (١)

" في حلفه أو لم يعينه أو (كما لو رآه) الحالف (معه) ؛ أي : مع الوالي (فيفوت البر ولا حنث) لأن الحالف معذور ؛ لعدم تمكنه من الرفع كالمكره (وإن لم يعين الحالف الوالي إذن) ؛ أي : وقت الحلف بأن حلف لا رأى منكر إلا رفعه لذي الولاية (لم يتعين) من كان واليا حال الحلف ؛ لانصرافه إلى الجنس فان عزل أو مات بر الحالف برفعه لمن يلي بعده وإن حلف (للص لا يخبر به أو يغمز عليه فسئل عمن هو معهم فبرأهم دونه لينبه عليه حنث) لقيام ذلك مقام الأخبار به أو الغمز عليه (ان لم ينو حقيقة النطق أو الغمز فان نواها فلا حنث بذلك ؛ لأنه لم يفعل ما حلف عليه (ومن حلف ليتزوجن يبر بعقد) نكاح (صحيح) لا فاسد لأن الزوجة لا تحل به **فوجوده كعدمه** (وان حلف ليتزوجن عليها) ؛ أي : على زوجته (ولا نية ولا سبب) هيج يمينه (يبر بدخوله بزوجة نظيرتها) نصا ؛ لأن ظاهر يمينه قصد إغارتها بذلك وغيظها والتضييق عليها في حقوقها من قسم وغيره وذلك لا يحصل بدون من يساويها في حكم القسم والنفقة ولا يجب ذلك إلا بالدخول ؛ فلا يحصل مقصود اليمين بدونه . قاله الأصحاب ؛ (أو) بدخوله (بمن تغمها أو تتأذى بها) كأعلى منها . | (ويتجه) أنه يبر بمجرد العقد الصحيح (ولو لم يدخل بها) لأن الاغارة والغيظ يحصلان بمجرد الخطبة وان حصل بما ذكره الأصحاب زيادة في الغيظ فلا تلزمه الزيادة على الغيظ الذي يحصل بما يتناوله العقد كما أنه لا يلزمه نكاح اثنتين ولا ثلاث ولا أعلى من نظيرتها والذي تناولته يمينه مجرد التزويج ولذلك لو حلف لا يتزوج على امرأته ؛ حنث بمجرد الإيجاب والقبول فكذلك يحصل البر به ؛ لأن المسمى واحد فما تناوله النفى تناوله الاثبات (خلافا لهما) ؛ أي : الإقناع والمنتهى في جعلهما من حلف ليتزوجن على امرأته لا يبر إلا بدخوله بنظيرتها أو بمن تغمها أو تتأذى منها انتهى

" (٢)

" الخطاب : لأن علته يجوز أن تنتقض وقوله لا يطرد (أو) بخلاف قوله لوكيله (اعتقه) ؛ أي : عبدي فلانا (لأنه اسود أو لسواده ؛ فلا يتجاوزه) بالعتق لجواز المناقضة عليه والبدء (و) إن قال لشخص

(١) مطالب أولي النهى، ٥/٦٠٠

(٢) مطالب أولي النهى، ٦/٣٨٦

(إذا أمرتك بشيء لعلة فقس عليه كل شيء من مالي وجدت فيه تلك العلة ثم قال أعتق عبدي فلانا لأنه أسود ؛ صح أن يعتق كل عبد له أسود) وهو نظير قول صاحب الشرع ؛ لأنه تعبدنا بالقياس وقال في العدة وإن المخالف احتج بأن أهل اللغة لا تستعمل القياس فلو قال لوكيله : اشتر لي سكنجبينا فإنه يصلح للصفراء لم يصح أن يشتري له رمانا وإن كان يصلح والجواب ان السكنجين يختص بمعاني لا توجد في الرمان ولذلك لم يجز أن يشتريه وقد ورد عن أهل اللغة ما يوجب القول بالقياس فإن اثنين لو ضربا أمهما فضرب الأب أحدهما ؛ لأنه ضرب أمه صلح الرد عليه بأن الآخر ضربها فلم لا تضربه ؟ (و) كذلك لو قال : لا تعط فلانا إبرة يريد عدم تعديه بها فأعطاه سكينة ؛ حنث) لأن المعنى منعه من أعطائه ما يتعدى به وقد وجد بإعطاء السكين علي أنا نقول بالقياس في الموضع الذي دل الشرع عليه وكلفنا إياه وفي تلك المواضع لم يدل الشرع عليه فلم يصلح القول به فقد أجاب القاضي بوجهين : أولهما كاختيار أبي الخطاب وهو يدل على أنه لو قال قس عليه كل ما صلح للصفراء ؛ جاز ويدل أيضا على أنه إذا لم يعتق غير ما أعتقه مع أنه أسود أن لكل عاقل مناقضته ويقول له لم لا تعتق غيره من السود وكذا قاله أبو الخطاب وغيره ولو قال لنا قائل قيسوا كلامي بعضه على بعض ثم قال والله لا أكلت السكر ؛ لأنه حلو شرك فيه كل حلو قاله في الفروع . | (و) إن حلف (لا يكلم زيدا لشربه الخمر فكلمه وقد تركه) ؛ أي : شرب الخمر (لم يحنث) لدلالة الحال على ان المراد ما دام يشربها وقد انقطع ذلك (ولا يقبل تعليل بكذب) لأن **وجوده كعدمه** (فمن قال لقن‌ه

(١) ".

" للحكم لفقد بعض الشروط (وإن وافقت الصواب) لأن حكمه غير صحيح **فوجوده كعدمه** (خلافا لجمع) وهذا في غير قضاة الضرورة أما هم فلا ينقض من أحكامهم ما وافق الصواب . اختاره الموفق وابن عبدوس في تذكرته والشيخ تقي الدين وغيرهم وجزم به في الوجيز والمنور وقدمه في الترغيب وهو ظاهر كلام الخرقي وأبي بكر وابن عقيل وابن البنا حيث أطلقوا أن لا ينقض من الحكم الا ما خالف كتابا أو سنة أو اجماعا . قال في الإنصاف قلت : وهو الصواب وعليه عمل الناس من مدة ولا يسع الناس غيره لأنها ولاية شرعية والا لتعطلت الأحكام . فصل | (ومن استعداه) ؛ أي : القاضي (على خصم بالبلد) الذي به القاضي ؛ أي : طلب منه ان يحضره له (بما) ؛ أي : شيء (تتبعه التهمة ؛ لزمه) ؛ أي

(١) مطالب أولي النهى، ٦/٣٨٨

القاضي (إحضاره) ؛ أي : الخصم (ولو لم يحرر) المستعدي الدعوى نصا أو لم يعلم أن بينهما معاملة ؛ لئلا يضيع الحقوق ويقر الظالم وقد يثبت حق الأدنى على الأرفع بغصب أو شراء شيء منه ولا يوفيه ثمنه أو إيداع أو إعادة ولا يرد إليه فإذا لم يعد عليه ذهب حقه وهذا أعظم ضررا من حضور مجلس الحاكم فإنه لا نقض فيه وقد حضر عمر وأبي عند زيد بن ثابت وحضر عمر وآخر عند شريح . وللمستعدي عليه أن يوكل إن كره الحضور . | (ومن طلبه خصمه) لمجلس الحكم ؛ لزمه الحضور (أو طلبه حاكم حيث يلزمه إحضاره بخلاف معسر ثبت إعساره لمجلس الحكم ؛ لزمه الحضور إليه) ولا يرخص له في الحلف فإن حضر (وإلا أعلم الوالي به) ؛ أي : بامتناعه من

---

(١) ".

_____"

نظير هذا ما لو كان مسافرا فنوى الإمامة بعد السلام، وكان عليه سجدتي السهو، فإنه يصير خارجا بالسلام؛ لأن العود تعذر بسبب الإقامة، كذا هنا، وعلى قول محمد: لا يخرج بالسلام لذا كان عليه السهو (٦٥ب١) فكأنه تعلم السورة قبل السلام ولو تعلم قبل السلام بعدما قعد قدر التشهد تجزيه صلاته؛ لأنه لم يبق عليه واجب كذا ها هنا.

وأما إذا عاد إلى سجدتي السهو فلما سجد سجدة تعلم السورة، فإن صلاته تفسد على قول أبي حنيفة وعلى قولهما: لا تفسد؛ لأنه عاد إلى الحرمة حين سجد فصار كما لو تعلم قبل السلام بعدما قعد قدر التشهد فتصير المسألة اثني عشرية.

وأما إذا سلم ثم تعلم سورة، ثم تذكر أن عليه سجدة تلاوة أو قراءة؟ فتشهد لم يذكر هذا في «الكتاب» ويجب أن تكون المسألة اثنا عشرية؛ لأنه سلام ساهي فيجعل **وجوده كعدمه**، فكأنه تعلم قبل السلام بعدما قعد قدر التشهد فيكون على الاختلاف، وأما إذا سلم ثم تعلم سورة ثم تذكر أن عليه سجدة قال: صلاته تفسد عندهم جميعا؛ لأنه تعلم سورة وعليه ركن من أركان الصلاة، وأما بيان ما يمنع صحة الاقتداء وما لا يمنع، وإذا كان بين الإمام وبين المقتدي حائط أجر صلاته أطلق الجواب في «الأصل» إطلاقا قالوا: وهذا إذا كان الحائط ذليلا قصيرا أما إذا كان بخلافه منع صحة الاقتداء، ونص على هذا: الحاكم الشهيد رحمه الله في «المختصر»، فإنه قال: وبينه وبين الإمام حائط ذليل قصير وأشار إلى المعنى، فقال: لأنه إذا كان

---

(١) مطالب أولي النهى، ٦/٤٩٥

بهذه الصفة حائلا، واختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القصير الذليل وغيره.
حكي عن القاضي أبي طاهر الدباس رحمه الله أنه كان يقول: الذليل الذي يصعد عليه من غير كلفة ولا مشقة يخطو خطوة ويضع قدمه عليه، وعن محمد بن سلمة رحمه الله أنه قال: الذليل الذي لا تشتبه على المقتدي حال الإمام بسببه، وغير الذليل الذي يشتبه عليه حال الإمام بسببه.." (١)

"-----

وإذا أقر الرجل فقال: أنا مولى فلان وفلان قد أعتقاني فأقر به أحدهما وأنكر الآخر فهو بمنزلة عبد بين شريكين يعتقه أحدهما، وإذا قال: أنا مولى فلان أعتقني ثم قال: لا بل أنا مولى فلان الآخر أعتقني هو وادعياه جميعا فهو مولى الأول، وإن قال اعتقني فلان أو فلان وادعى كل واحد منهما أنه هو المعتق لا يلزم العبد شيء لأنه لو لزمه إنما يلزمه بحكم إقراره لا بدعواهما وهذا الإقرار وقع باطلا لأنه أقر للمجهول فإن أقر لأحدهما بعينه بعد ذلك ولغيرهما فهو جائز. ويصير مولى للمقر له لأن هذا الإقرار لما وقع باطلا صار **وجوده كعدمه** فكان له أن يقر بعد ذلك لمن شاء.
من مشايخنا من قال: ما ذكر في «الكتاب» أنه إذا أقر لغيرهما يجوز إقراره يجب أن يكون قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز إقراره لأن الإقرار بالولاء إقرار بالنسب ومن أقر بالنسب لإنسان ثم أقر بعد ذلك بالنسب لآخر لا يصح إقراره للثاني عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن لم يثبت النسب من الأول بأن كذبه الأول، فكذا إذا أقر بالولاء. ومنهم من قال: هذا قول الكل لأن الإقرار هاهنا وقع لمعلوم فلا يقع باطلا لكونه واقعا للمجهول، أما في تلك المسألة الإقرار وقع لمعلوم فلا يقع باطلا.." (٢)

"-----

وبعضهم قالوا: على قول أبي حنيفة: يجوز شراء وارث البائع على كل حال سواء كان وارث البائع ممن نقبل شهادته له، أو ممن لا تقبل شهادته له كما هو قول محمد، وفرق هذا القائل على قول أبي حنيفة بين حال حياة البائع وبينما بعد موته.
والفرق: أن حال حياة البائع إنما لا يجوز شراء والده وولده وجميع من لا نقبل (٥٩أ٣) شهادته له باعتبار أن منافع الأملاك متصلة بينهم، فيصير شراء هؤلاء بمنزلة شراء البائع بنفسه، وهذا المعنى قد انقطع بالموت، وإنما شرطنا أن تكون السلعة قائمة على حالها لم تنتقص بعيب؛ لأن بعدما انتقص لا يتأتى شبهة الربا؛

---

(١) ا لمحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١١٥/٢
(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٣٤/٤

لأن نقصان الثمن يجعل بمقابلة ما فات بالعيب، فيصير مشتريا ما باع بمثل الثمن الأول معنى وذلك جائز، ولو رخص سعر السلعة من غير أن حدث بها عيب، فلا ينبغي أن يشتريها بأقل مما باع؛ لأن رخص السعر غير معتبر في حق الأحكام إذا بقي العين على حاله كما في حق الغاصب وأشباه ذلك، فيجعل **وجوده كعدمه**.

ولو باع المشتري المشترى من رجل، ثم إن البائع الأول اشتراه من المشتري الثاني بأقل مما باع جاز، فإن عاد المشتري إلى المشتري الأول إن عاد بسبب هو فسخ في حق الناس كافة لا يجوز للبائع الأول أن يشتريه بأقل مما باع، وعاد إليه بسبب هو فسخ في حقهما بيع جديد في حق الثالث كان للبائع أن يشتريه بأقل مما باع.

وكذلك لو أن المشتري وهب السلعة من إنسان، ثم أن البائع اشتراه من الموهوب له بأقل مما باع جاز، وكذلك لو وهبه الموهوب له من الواهب، وهو المشتري بعد ذلك، ثم إن المشتري باعه من البائع بأقل جاز.." (١)

"الفصل السابع: في الشروط التي تفسد البيع والتي لا تفسد

يجب أن يعلم بأن (٩٥ب٣) الشرط الذي يشترط في البيع لا يخلو إما إن كان شرطا يقتضيه العقد، ومعناه أن يجب بالعقد من غير شرط وأنه لا يوجب فساد العقد كشرط تسليم المبيع على البائع، وشرط التسليم الثمن بالثمن على المشتري، وهذا لأن اشتراط ما يجب بالعقد من غير شرط له؛ ولأنه لا يفيد شيئا، فصار **وجوده كعدمه**، فكأنه لم يشترط شيئا فيجوز البيع، وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد على التفسير الذي قلنا؛ إلا أنه يلائم العقد، ونعني به أنه يؤكد موجب العقد إذ تأكيد موجب الشيء يلائم ذلك الشيء، وذلك كالبيع بشرط أن يعطي المشتري كفيلا بالثمن، والكفيل معلوم بالإشارة أو التسمية حاضر مجلس العقد، فقبل الكفالة، أو كان غائبا عن مجلس العقد، فحضر قبل أن يتفرقا وقبل الكفالة جاز البيع استحسانا، والكفالة إن لم تكن من مقتضيات البيع إلا أنها تؤكد موجب العقد، فما يؤكدها يكون ملائما للعقد، فلا يؤثر في فساد العقد.

وكذلك البيع بشرط أن يعطي المشتري بالثمن رهنا والرهن معلوم بالإشارة أو التسمية جاز البيع استحسانا،

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦/ ٤١١

وإن لم يكن الرهن من مقتضيات العقد؛ لأن الرهن يؤكد موجب العقد؛ لأن الرهن شرع وعقد وهو مؤكد لجانب الاستفاء، ولهذا اختص جوازه بالأموال القابلة للاستيفاء الثمن موجب العقد فما يؤكده يلائم موجب العقد.

قال الشيخ الإمام شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في «شرحه»: فرق محمد بين الكفيل وبين الرهن، فشرط حضرة الكفيل مجلس البيع، وقبول الكفالة بجواز البيع، ولم يشترط حضرة الرهن بجواز البيع وإنما شرط العلم به.." (١)

"_____

وفي «نوادر هشام» عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله: الأب إذا باع لابنه الصغير ما ثمنه عشرة بدرهم جاز، وإن اشترى له ما ثمنه درهم بعشرة لا يجوز، وفي «الأصل» سوى بين البيع والشراء فلم يجوزهما في هذه الصورة وأشباهها؛ لأن تصرف الأب مقيد بشرط عدم الضرر فقد تحقق الضرر ههنا. وعلى هذه الرواية فرق بين البيع والشراء، فلم يجوز الشراء لمكان التهمة؛ لأن الأب يضيف الشراء إلى نفسه من حيث إنه اشترى لنفسه، فلما وجد فيه عيبا أظهر الشراء للابن، ومثل هذه التهمة لا يجوز... في جانب البيع، والداعي إلى النفاذ موجود لينفذ.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: في رجل باع عبد ابنه الصغير من رجل بألف درهم، ثم قال في مرضه: قد قبضت من فلان الثمن، ثم مات في مرضه لم (أقبل) إقراره، علل فقال: لأنه كان ضمن لابنه ألف درهم في مرضه أو أقر بها له في ماله، ومعنى هذا الكلام أن الأب بإقراره بالاستيفاء من المشتري أقر للابن بمقدار الثمن في ماله، وإقرار المريض لابنه لا يرجع، فصار **وجوده كعدمه**، وكان للوصي أن يأخذ الثمن من المشتري كما لو لم يوجد هذا الإقرار من المريض. ولو كان قال في مرضه: قد قبضتها من فلان فضاعت كان مصدقا، ولو قال: قبضتها واستهلكتها لم يكن مصدقا ولا يبرأ المشتري منها؛ لأنه لما ادعى الضياع مما أقر للابن شيئا من ماله بخلاف ما إذا ادعى الاستهلاك، ولا يكون للمشتري إذا أخذ منه الثمن أن يرجع به على الأب أو في ماله؛ لأن ذلك الإقرار قد بطل، وإقرار قد بطل لا شيء عليه الحكم.

وفي «المنتقى:»اشترى من ابنه الصغير عبدا والعبد في يد الأب، فمات العبد فهو من مال الأبن حتى يأمره

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤١٦/٦

الوالد بعمل أو بقبضه بمنزلة عبد اشتراه وهو وديعة عنده، وهذا؛ لأن العبد في يد الأب أمانة وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء.." (١)

"_____

وإن كان الجدار من خشب، فالتركيب أن يكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى، فأما إذا ثقب ودخل لا يكون تربيعا، وإذا كان تفسير التربيع هذا كان لصاحب التربيع مع الاتصال نوع استعمال، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال، فيكون الاتصال أولى بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام، فإن الراكب أولى لأن له مع الاتصال استعمال فكذلك هذا، فأما إذا كان متصلا ببناء أحدهما اتصال ملازقة واتصال تربيع، وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع، فإنه يقضي لصاحب الاتصال، إن كان اتصال تربيع فلا إشكال وإن كان اتصال ملازقة فكذلك؛ لأنهما استويا في حق الاتصال بالأرض المملوك، ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف جنس الأول، وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر.

وكذلك إذا كان متصلا ببناء أحدهما وللآخر عليه هراوي، يقضى لصاحب الاتصال، لأن الهراوي **وجوده كعدمه**، وإن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر عليه جذوع، فإن كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى، عليه عامة المشايخ، وهكذا روي عن أبي يوسف في «الأمالي» وفسر الكرخي ذلك، فقال: أن يكون للحائط المتنازع فيه تداخل بجانبيه بحائطين لأحدهما، والحائطان متصلان بحائط آخر لصاحب الحائطين بمقابلة الحائط المتنازع، حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم بناء واحد، فصاحب هذا الاتصال أولى على ما ذكره الكرخي.." (٢)

"_____

قلنا: اللعان يعتمد النفي في حق الآخر، ولم يوجد من حيث الصريح، أو جعل النفي موجودا في حق الآخر إنما يجعل موجودا من حيث المعنى، إلا أن النفي لا يثبت من حيث المعنى بل يعتمد الصريح، وإذا لم يوجد في حق الآخر نفي صريح لا يثبت اللعان في حق الآخر فكان الآخر ثابت النسب ما لم يقطع باللعان ثابتا.

وأما اللعان ثانيا فتعذر لأن الزوجية انقطعت بها لفرقة بينهما، ولأن الذي انقطع نسبه باللعان يحتمل الثبوت

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٠١/٧

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٦٠/١٠

منه بالإكذاب فالذي نفى ثابت النسب منه بعدما قضى القاضي بينهما بالفرقة فنسبه لا يحتمل النفي لأن انتفاء نسب ولد النكاح باللعان، واللعان بعد وقوع الفرقة ممتنع فكان الترجيح لجانب الإثبات.

ولو علم الثاني قبل أن يفرق القاضي بينهما فنفاه، فالقاضي يعيد اللعان بينهما لأجل الثاني، ويقطع نسبهما من الزوج لأن النفي في حق الثاني وجد صريحا، وإقامة اللعان ممكن فيعاد اللعان ويقطع نسب الثاني من الزوج كما قطع نسب الأول.

وإذا أكذب الملاعن نفسه، وادعى نسب الولد بعدما فرق القاضي بينهما وألزم الولد أمه، إن كان الولد حيا ثبت نسب الولد منه لأنه بالإكذاب بطل اللعان، لأن اللعان شهادات، والشهادة تنفسخ برجوع الشاهد، وإذا بطل اللعان صار **وجوده كعدمه**، ولو عدم اللعان كان الولد ثابت النسب من الزوج؛ فكذا ههنا، ويقام عليه الحد لأنه ملاعن أكذب نفسه، والحكم في مثله الحد ثم يقام عليه الحد سواء كانت المرأة حية أو ميتة.

إن كانت حية فلا إشكال لأنه صار قاذفا حية محصنة.

وإن كانت ميتة فلا بد أن يصير قاذفا لها بالقذف السابق عند الإكذاب، فيصير قاذفا لها وهي ميتة.." (١)

"صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال أينقص الرطب إذا يبس قالوا نعم فنهى عن ذلك رواه مالك وأبو داود

ولا بيع الحب المشتد في سنبله بجنسه لحديث أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة رواه البخاري قال جابر المحاقلة بيع الزرع بمائة فرق من الحنطة ولأن بيع الحب بجنسه جزافا من أحد الجانبين فلم يصح للجهل بالتساوي

ويصح بغير جنسه من حب وغيره كبيع بر مشتد في سنبله بشعير أو فضة لعدم إشتراط التساوي ولمفهوم حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة رواه مسلم

ولا يصح بيع ربوي بجنسه ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسهما كمد عجوة ودرهم بمثلهما وبمدين أو بدرهمين

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٩٩/١٠

أو دينار ودرهم بدينار حسما لمادة الربا نص عليه أحمد في مواضع لما روى فضالة قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخرز اشتراها رجل بتسعة دنانير أو سبعة فقال صلى الله عليه وسلم لا حتى تميز بينهما قال فرده حتى ميز بينهما رواه أبو داود ولمسلم أمر بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن فإن كان ما مع الربوي يسيرا لا يقصد كخبز فيه ملح بمثله أو بملح **فوجوده كعدمه** لأن الملح لا يؤثر في الوزن وكحبات شعير في حنطة

ويصح أعطني بنصف هذا الدرهم فضة وبالآخر فلوسا لوجود التساوي في الفضة والتقايض في الفلوس ويحرم ربا النسيئة بين مبيين اتفقا في علة ربا الفصل فلا يباع أحدهما بالآخر نسيئة قال في الشرح بغير خلاف نعلمه عند من يعلل به لقوله صلى الله عليه وسلم

فإذا كان أحد العوضين نقدا أي ذهبا أو فضة كسكر بدراهم وخبز بدنانير وحديد أو رصاص أو نحاس بذهب أو فضة فيصح وإلا لا نسد باب السلم في الموزونات غالبا وقد أرخص فيه الشرع وأصل رأس مال النقدان قال في الشرح ومتى كان العوضين ثمنا جاز النساء فيهما بغير

". (١)

"أعف من ذلك قاله في الشرح

ولا يجوز كون المحلل

اكثر من واحد لدفع الحاجة به

يكافيء مركوبه مركوبيهما في المسابقة

ورميه رمييهما في المناضلة لحديث أبي هريرة مرفوعا من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس قمارا ومن ادخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار رواه أبو داود فجعله قمارا إذا أمن أن يسبق لأن **وجوده كعدمه** واختار الشيخ تقي الدين يجوز من غير محلل قال وهو أولى وأقرب إلى العدل من كون السبق من أحدهما وأبلغ في تحصيل مقصود كل منهما وهو بيان عجز الآخر انتهى

فإن سبقا معا أحرزا سبقيهما ولا شيء للمحلل لأنه لم يسبق أحدهما

---

(١) منار السبيل، ١/٣١٢

". (١)

"الكلالة وهي في قول الجمهور من لم يخلف ولدا ولا والد والولد يشمل الذكر والأنثى وولد الابن كذلك والوالد يشمل الأب والجد

وتسقط بنات الابن ببنتي الصلب فأكثر لاستكمال الثلثين لمفهوم حديث ابن مسعود السابق

ما لم يكن معهن أي بنات الأبن

من يعصبهن من ولد الابن سواء كان بإزائهن أو أنزل منهن

وتسقط الأخوات للأب بالأختين الشقيقتين فأكثر لاستكمال الثلثين

من لا يرث لمانع

لا يحجب احدا نص عليه

مطلقا لا حرمانا ولا نقصانا بل **وجوده كعدمه** روي عن عمر وعلي لأنه ليس بوارث كالأجنبي

إلا الإخوة من حيث هم أشقاء أو لأب أو لأم

فقد لا يرثون ويحجبون الأم نقصانا من الثلث إلى السدس وإن كانوا محجوبين بالأب في أم وأب وإخوة

". (٢)

"

وأدناها كسوة تجزئها في صلاتها إذا كان معسرا وأوسطها ما بين ذلك لقول ابن عباس أعلى المتعة خادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة وهذا تفسير من الصحابي فيجب الرجوع إليه قاله في الكافي

فصل ولا مهر في النكاح الفاسد إلا بالخلوة أو الوطء لأن العقد الفاسد **وجوده كعدمه** ولم يستوف المعقود عليه أشبه البيع الفاسد والإجارة الفاسدة إذا لم يتسلم

فإن حصل أحدهما أي الخلوة أو الوطء

(١) منار السبيل، ١/٣٩٦

(٢) منار السبيل، ٢/٦٥

استقر المسمى إن كان نص عليه لأن في بعض الفاظ حديث عائشة ولها الذي أعطاها بما أصاب منها قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال بإسنادهما ولإتفاقهما على أن المهر واستقراره بالخلوة بقياسه على النكاح الصحيح

وإلا فمهر المثل وقال في الشرح ولا يستقر بالخلوة في قول الأكثر

ولا مهر في النكاح الباطل بالإجماع كنكاح خامسة أو ذات زوج أو معتدة

إلا بالوطء في القبل لقوله صلى الله عليه وسلم فلها المهر بما استحل من فرجها أي نال منه وهو الوطء ولأنه إتلاف لبضع بغير رضى مالكه فأوجب القيمة وهو المهر كسائر المتلفات

وكذا الموطوءة بشبهة والمكرهة على الزنى فيجب لكل منها مهر المثل بالوطء لذلك

لا المطاوعة على الزنى فلا يجب لها المهر لأن إتلاف بضع برضى مالكه

." (١)

"

فإن اختار أباه كان عنده ليلا ونهارا ليحفظه ويعلمه ويؤدبه

ولايمنع من زيارة أمه ولا هي من زيارته لما فيه من الإغراء بالعقوق وقطعية الرحم

وإن اختار أمه كان عندها ليلا لأنه وقت الإنحياز إلى المساكن

وعند أبيه نهارا ليطعمه ويؤد به لئلا يضيع ولأن النهار وقت التصرف في الحوائج وعمل الصنائع

وإذا بلغت الأنثى سبعا كانت عند أبيها وجوبا إلى إلى أن تتزوج لأنه أحفظ لها وأحق بولايتها ولمقاربتها الصلاحية للتزويج وإنما تخطب من أبيها لأنه وليها وأعلم بالكفء ولم يرد الشرع بتخييرها ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لايحتاج إليه كالأنثى

ويمنعها الأب

ومن يقوم مقامه من الإنفراد بنفسها خشية عليها لأنه لايؤمن عليها دخول المفسدين قاله في الكافي

ولاتمنع الأم من زيارتها ولا هي من زيارة أمها إن لم يخف الفساد وتمنع من الخلوة بها إن خيف أن تفسد قلبها قاله في الواضح وغيره

---

(١) منار السبيل، ١٨٣/٢

والمجنون ولو أنثى عند أمه مطلقا صغيرا كان أو كبيرا لحاجته إلى من يخدمه ويقوم بأمره والنساء أعرف بذلك وأمه أشفق عليه من غيرها

ولا يترك المحضون بيد من لايصونه ويصلحه لأن **وجوده كعدمه** فتنتقل الحضانة عنه إلى من يليه قال الشيخ تقي الدين ولو كان الأب عاجزا عن حفظها أو يهمله لاشتغاله عنه أو قلة دينه والأم قائمة بحفظها قدمت وكذا إذا تركها عند ضرة أمها لاتعمل مصلحتها بل تؤذيها وأمها تعمل مصلحتها ولا تؤذيها فالحضانة هنا للأم قطعا انتهى

". (١)

"للميت وديعة عند رجل فأقرضها أو وهبها بأمر الوصي ضمن المودع لا الوصي إذ لا يملكه الوصي فيبطل أمره **فوجوده كعدمه** ولو أمره بدفعها إلى رجل فدفعها لم يضمن إذ للوصي قبضها فله توكيل غيره فقبضه كقبضه .." (٢)

"(الاختيار) أي الاستيقاظ، أما أو لو ركع أو سجد ذاهلا كل الذهول أجزأه (فإن أتى بها) أو بأحدها بأن قام أو قرأ أو ركع أو سجد أو قعد الاخير (نائما لا يعتد) بما أتى (به) بل يعيده ولو القراءة أو القعدة على الاصح، وإن لم يعده تفسد لصدوره لا عن اختيار، فكان **وجوده كعدمه** والناس عنه غافلون، فلو أتى النائم بركعة تامة تفسد صلاته لانه زاد ركعة وهي لا تقبل الرفض، ولو ركع أو سجد فنام فيه أجزأه لحصول الرفع (منه) والوضع بالاختيار." (٣)

"كمسجد القدس (يسع صفين) فأكثر إلا إذا اتصلت الصفوف فيصح مطلقا، كأن قام في الطريق ثلاثة، وكذا اثنان عند الثاني لا واحد اتفاقا، لانه لكراهة صلاته صار **وجوده كعدمه** في حق من خلفه.." (٤)

"يجوز يقتضي أن لا يكون مسلما بالإحرام لكن محله ما إذا لبى ولم يشهد المناسك أما إذا لبى وشهد المناسك كلها مع المسلمين فإنه يكون مسلما كما صرح به في المحيط

---

(١) منار السبيل، ٢/٢٨٢

(٢) مجمع الضمانات، ٧/٣٥٥

(٣) الدر المختار، ١/٤٩١

(٤) الدر المختار، ١/٦٣١

والأصل أن الكافر متى فعل عبادة فإن كانت موجودة في سائر الأديان فإنه لا يكون به مسلما كالصلاة منفردا والصوم والحج الذي ليس بكامل والصدقة ومتى فعل ما هو مختص بشريعتنا فإن كان من الوسائل كالتيمم لا يكون به مسلما وإن كان من المقاصد أو من الشعائر كالصلاة بجماعة والحج على الهيئة الكاملة والأذان في المسجد وقراءة القرآن فإنه يكون به مسلما

إليه أشار في المحيط وغيره من كتاب السير قوله (بل ناقض الوضوء) أي بل ينقضه ناقض الوضوء الحقيقي والحكمي المتقدمان في الوضوء لأن التيمم خلف عن الوضوء ولا شك أن حال الخلف دون حال الأصل فما كان مبطلا للأعلى فأولى أن يكون مبطلا للأدنى

وما وقع في شرح النقاية من أن الأحسن أن يقال وينقضه ناقض الأصل وضوءا كان أو غسلا فغير مسلم لأن من المعلوم أن كل شيء نقض الغسل نقض الوضوء فالعبارتان على السواء كما لا يخفى

واعلم أنه إذا تيمم عن جنابة وأحدث حدثا ينقض الوضوء فإن تيممه ينتقض باعتبار الحدث فتثبت أحكام الحدث لا أحكام الجنابة فإنه محدث وليس بجنب

قوله (وقدرة ماء فضل عن حاجته) أي وينقضه أيضا القدرة على استعمال الماء الكافي الفاضل عن حاجته

قيدنا بالكافي لأن غيره **وجوده كعدمه** وقد قدمناه

فلو وجد المتيمم ماء فتوضأ به فنقص عن إحدى رجليه إن كان غسل كل عضو ثلاثا أو مرتين انتقض تيممه وهو المختار أو مرة لا ينتقض لأن في الأول وجد ماء يكفيه إذ لو اقتصر على المرة كفاه كذا في الخلاصة

وقيدنا بالفاضل لأنه لو لم يكن فاضلا عنها فهو مشغول بها وهو كالمعدوم كما بيناه

وفي قوله وقدرة ماء اشارتان الأولى إفادة أن الوجود المذكور في قوله تعالى فلم تجدوا ماء بمعنى القدرة بخلاف الوجود المذكور في الكفارات فإنه بمعنى الملك حتى لو أبيح له الماء لا يجوز له التيمم للقدرة ولو عرض على المعسر الحانث الرقبة يجوز له التكفير بغير الإعتاق

الثانية أن التعبير بالقدرة أولى من التعبير برؤية الماء المشروطة القدرة (((بالقدرة))) على استعماله كما وقع في الهداية لأن القدرة أعم من أن تكون برؤية الماء أو بغيره فإن المريض إذا تيمم للمرض ثم زال مرضه انتقض تيممه كما صرح به قاضيخان في فتاواه

ومن تيمم للبرد ثم زال البرد انتقض تيممه كما صرح به في المبتغى

فإذا تيمم للمرض أو للبرد مع وجود الماء ثم فقد الماء ثم زال المرض أو البرد ينتقض تيممه لقدرته على استعمال الماء وإن لم يكن الماء موجودا

فالحاصل أن كل ما منع وجوده التيمم نقض وجوده التيمم وما لا فلا

فلو قالوا وينقضه زوال ما أباح التيمم لكان أظهر في المراد وإسناد النقض إلى زوال ما أباح التيمم إسناد مجازي لأن الناقض حقيقة إنما هو الحدث السابق بخروج النجس وزوال المبيح شرط لعمل الحدث السابق عمله عنده واستدلوا له بقوله التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء (١) لأن مقتضاه خروج ذلك التراب الذي تيمم به من الطهورية إذا وجد الماء ويستلزم انتفاء أثره وهو طهارة المتيمم لكن قال في فتح القدير ويرد عليه أن قطع الاعتبار الشرعي طهورية التراب إنما هو عند الرؤية مقتصرا فإنما يظهر في المستقبل إذ لو استند ظهر عدم صحة الصلوات السابقة

وما قيل إنه وصف يرجع إلى المحل فيستوي فيه الابتداء والبقاء لا يفيد دفعا ولا يمسه والأوجه الاستدلال بقوله في بقية الحديث فإذا وجده فليمسه بشرته

وفي إطلاقه دلالة على نفي تخصيص الناقضية بالوجدان خارج الصلاة كما هو قول الأئمة الثلاثة اه

فالحاصل أن الحديث لا يفيد إلا انتهاء الطهورية بوجود (((بوجد))) الماء ولا يلزم من انتهاء الطهورية انتهاء الطهارة الحاصلة به كالماء تزول عنه الطهورية بالاستعمال وتبقى الطهارة

." (١)

"القاريء في قول وفيمن حلف لا يكلم فلانا فجاء الحالف وكلمه وهو نائم ولم يستيقظ الأصح حنثه وفيمن مس مطلقته النائمة فإنه يصير مراجعا وفي نائم قبلته مطلقته الرجعية بشهوة يصير مراجعا عند أبي يوسف خلافا لمحمد وفي امرأة أدخلت ذكره في فرجها وهو نائم ثبتت حرمة المصاهرة إذا علم بفعلها وفي امرأة قبلت النائم بشهوة ثبتت حرمة المصاهرة إذا صدقها على الشهوة وفي الاحتلام في الصلاة يوجب الاستقبال وفيمن نام يوما أو أكثر تصير الصلاة دينا في ذمته وفي عقد النكاح بحضرة النائمين يجوز في قول والأصح اشتراط السماع

---

(١) البحر الرائق، ١/١٦٠

وقد علم مما قدمناه أن الإباحة كالملك في النقض فلو وجدوا مقدار ما يكفي أحدهم انتقض تيممهم بخلاف ما إذا كان مشتركا بينهم فإنه لا ينتقض إلا أن يكون بين الأب والابن فإن الأب أولى لأن له تملك مال الابن عند الحاجة

كذا في فتاوى قاضيخان

ولو وهب لجماعة ماء يكفي أحدهم لا ينتقض تيممهم أما عنده فلفسادها للشيوع وأما عندهما فللاشتراك

فلو أذنوا لواحد لا يعتبر إذنهم ولا ينتقض تيممه لفسادها وعندهما يصح إذنهم فانتقض تيممه

كذا في كثير من الكتب

وفي السراج الوهاج الصحيح فساد التيمم إجماعا لأن هذا مقبوض بعقد فاسد فيكون مملوكا فينفذ تصرفهم فيه اه

ولا يخفى أنه وإن كان مملوكا لا يحل التصرف فيه فكان **وجوده كعدمه**

ولو كانوا في الصلاة فجاء رجل بكوز من ماء وقال هذا لفلان منهم فسدت صلاته خاصة فإذا فرغوا وسألوه الماء فإن أعطاه للإمام توضأ واستقبلوا معه الصلاة وإن منع تمت صلاتهم وعلى من أعطاه الاستقبال

ولو قال يا فلان خذ الماء وتوضأ فظن كل واحد أنه يدعوه فسدت صلاة الكل

كذا في المحيط

ثم اعلم أن المتيمم إذا رأى مع رجل ماء كافيا فلا يخلو إما أن يكون في الصلاة أو خارجها وفي كل منهما إما أن يغلب على ظنه الإعطاء أو عدمه أو يشك وفي كل منها إما أن سأله أو لا وفي كل منها إما أن أعطاه أو لا فهي أربعة وعشرون

فإن كان في الصلاة وغلب على ظنه الإعطاء قطع وطلب الماء فإن أعطاه توضأ وإلا فتيممه باق فلو أتمها ثم سأله فإن أعطاه استأنف وإن أبى تمت وكذا إذا أبى ثم أعطى

وإن غلب على ظنه عدم الإعطاء أو شك لا يقطع صلاته فإن قطع وسأل فإن أعطاه توضأ وإلا فتيممه باق

وإن أتم ثم سأل فإن أعطاه بطلت وإن أبى تمت وإن كان خارج الصلاة فإن لم يسأل وتيمم وصلى جازت الصلاة على ما في الهداية ولا تجوز على ما في المبسوط

فإن سأل بعدها فإن أعطاه أعاد وإلا فلا سواء ظن الإعطاء أو المنع أو الشك

وإن سأل فإن أعطاه توضأ وإن منعه تيمم وصلى فإن أعطاه بعدها لا إعادة عليه وينتقض تيممه ولا يتأتى في هذا القسم الظن أو الشك

وهذا حاصل ما في الزيادات وغيرها وهذا الضبط من خواص هذا الكتاب وبه تبين أنه إذا كان في الصلاة وغلب على طنه (((ظنه))) الإعطاء لا تبطل بل إذا أتمها وسأله ولم يعطه تمت صلاته لأنه ظهر أن ظنه كان خطأ

كذا في شرح الوقاية

فعلم منه أن ما في فتح القدير من بطلانها بمجرد غلبة ظن الإعطاء ليس بظاهر إلا أن قاضيخان في فتاواه ذكر البطلان في هذه الصورة بمجرد الظن عن محمد

قوله (فهي تمنع التيمم وترفعه) أي القدرة على الماء تمنع جواز التيمم ابتداء وترفعه بقاء وهذا تكرار محض لأنه لما عد الأعذار علم أنه لا يجوز مع القدرة ولما قال وقدرة ماء علم أنه ترفعه القدرة ولا يبقى إلا في موضع يجوز ابتداء فلا فائدة بذكره ثانيا ولا يليق بمثل هذا المختصر

كذا في التبيين

وقد يقال إنه ليس بتكرار محض لأنه إنما عد بعض الأعذار ولم يستوفها كما علم مما بيناه أولا فربما يتوهم حصر الأعذار في المعدود وقد ذكر ضابطا لها لتتم الأعذار فكان فيه فائدة كما لا يخفى قوله (وراجي الماء يؤخر الصلاة) يعني على سبيل الندب كما صرح به في أصله الوافي

والمراد بالرجاء غلبة الظن أي يغلب على ظنه أنه يجد الماء في آخر الوقت

وهذا إذا

---

(١) ".

"وقطعة كرباس تلف على الرجل لا يمنع لأنه غير مقصود باللبس لكن يفهم مما ذكر في الكافي أنه يجوز المسح عليه لأن الخف الغير الصالح للمسح إذا لم يكن فاصلا فلأن لا يكون الكرباس فاصلا أولى اه

---

(١) البحر الرائق، ١/١٦٢

وقد وقع في عصرنا بين فقهاء الروم بالروم كلام كثير في هذه المسألة فمنهم من تمسك بما في فتاوى الشاذي وأفتى بمنع المسح على الخف الذي تحته الكرباس ورد على ابن المالك (((الملك))) في عزوه للكافي إذ الظاهر أن المراد به كافي النسفي ولم يوجد فيه ومنهم من أفتى بالجواز وهو الحق لما قدمناه عن غاية البيان ولهذا قال يعقوب باشا إنه مفهوم من الهداية والكافي ويدل عليه أيضا ما ذكره الشارحون في مسألة نزع الخف في الكلام مع الشافعي في قوله إنه إذا أعادهما يجوز له المسح من غير غسل الرجلين معللا بأنه لم يظهر من محل الفرض شيء فقالوا في الرد عليه إن قوله لم يظهر من محل الفرض شيء يشكل بما لو أخرج الخفين عن رجليه وعلى الرجلين لفافة فإنه يبطل المسح وإن لم يظهر من محل الفرض شيء اه

فهذا ظاهر في صحة المسح على الخف فوق اللفافة

وفي المبتغى بالغين المعجمة ولو أدخل يده تحت الجرموق ومسح على ظهر الخف لم يجز بخلاف ما لو كان الخرق المانع ظاهر الجرموق وقد ظهر الخف فله المسح على الخف أو على الجرموق لأنهما كخف واحد وإن كان الخرق يسيرا فمسح على بعض الصحيح وعلى بعض الخرق وهو كله ثلاثة أصابع لم يجزه اه

وفي منية المصلي ولا يجوز المسح على الجرموق المتخرق وإن كان خفاه غير متخرق اه

وينبغي أن يقال إن كان الخرق في الجرموق مانعا لا يجوز المسح عليه وإنما يجوز المسح على الخف لا غير لما علم أن المتخرق خرقا مانعا **وجوده كعدمه** فكانت الوظيفة للخف فلا يجوز المسح على غيره وقد صرح به في السراج الوهاج فقال والشرط الثاني لجواز المسح على الجرموق أن يكون الجرموق لو انفرد جاز المسح عليه حتى لو كان به خرق كثير لايجوز المسح عليه

ولا يجوز المسح على الجرموق إذا كان من كرباس ونحوه لأنه لا يمكن قطع السفر وتتابع المشي عليهما كما لو لبسهما على الانفراد إلا أن يكونا رقيقين يصل البلل إلى ما تحتهما من الخف فحينئذ يجوز ويكون مسحا على الخف

كذا في الذخيرة وغيرها

وفي الخلاصة وغيرها ولو كان الجرموقان واسعين يفضل الجرموق من الخف ثلاثة أصابع فمسح على تلك الفضلة لم يجز إلا إذا مسح على الفضلة بعد أن يقدم رجليه على تلك الفضلة فحينئذ جاز ولو أزال رجليه عن ذلك الموضع أعاد المسح اه

وفي التنجيس بعد أن نقل هذا عن أبي علي الدقاق قال وفيه نظر ولم يذكر وجهه

وفي القنية جعل الخف كالجرموق في هذا من أنه إذا فضل من الجرموق أو الخف قدر ثلاثة أصابع لم يجز المسح عليها

قوله (والجورب المجلد والمنعل والثخين) أي يجوز المسح على الجورب إذا كان مجلدا أو منعلا أو ثخينا

ويقال (((يقال))) جورب مجلد إذا وضع الجلد على أعلاه وأسفله وجورب منعل ومنعل الذي وضع على أسفله جلدة كالنعل للقدم

وفي المستصفى أنعل الخف ونعله جعل له نعلا وهكذا في كثير من الكتب فيجوز في المنعل تشديد العين مع فتح النون كما يجوز تسكين النون وتخفيف العين

وفي معراج الدراية والمنعل بالتخفيف وسكون النون والظاهر ما قدمناه كما لا يخفى

وفي فتاوى قاضيخان ثم على رواية الحسن ينبغي أن يكون النعل إلى الكعبين وفي ظاهر الرواية إذا بلغ النعل إلى

". (١)

"الوطنان حتى لو عاد إليهما في سفرة أخرى لا يتم إذا لم ينو الإقامة

ولم يذكر المصنف رحمه الله وطن السكنى وهو المكان الذي ينوى أن يقيم فيه أقل من خمسة عشر يوما تبعا للمحققين قالوا لأنه لا فائدة فيه لأنه يبقى فيه مسافرا على حاله فصار **وجوده كعدمه**

وذكر الشارح أن عامتهم على أنه يفيد في رجل خرج من مصره إلى قرية لحاجة ولم يقصد السفر ونوى أن يقيم فيها أقل من خمسة عشر يوما فإنه يتم فيها لأنه مقيم ثم خرج من القرية لا للسفر ثم بدا له أن يسافر قبل أن يدخل مصره وقبل أن يقيم ليلة في موضع آخر فسافر فإنه يقصر ولو مر بتلك القرية ودخلها أتم لأنه لم يوجد ما يبطله مما هو فوقه أو مثله ا هـ

وصحح في السراج الوهاج وشرح المجمع عدم اعتباره وقول الشارح لو مر بها أتم لا يصح لأن السفر باق لم يوجد ما يبطله وهو مبطل لوطن السكنى على تقدير اعتباره لأن السفر يبطل وطن الإقامة فكيف لا يبطل وطن السكنى فقوله لأنه لم يوجد ما يبطله ممنوع

---

(١) البحر الرائق، ١٩١/١

قوله (وفائتة السفر والحضر تقضي ركعتين وأربعا) لف ونشر مرتب أي فائتة السفر تقضى ركعتين وفائتة الحضر تقضى أربعا لأن القضاء بحسب الأداء بخلاف ما لو فاتته في المرض في حالة لا يقدر على الركوع والسجود حيث يقضيها في الصحة راكعا وساجدا أو فاتته في الصحة حيث يقضيها في المرض بالإيماء لأن الواجب هناك الركوع والسجود إلا أنهما يسقطان عنه بالعجز فإذا قدر أتى بهما بخلاف ما نحن فيه فإن الواجب على المسافر ركعتان كصلاة الفجر وعلى المقيم أربع فلا يتغير بعد الاستقرار

." (١)

"وكل شيء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير اه

فيدخل الحيوان ولا يرد عليه ما أسيم من الحيوانات للدر والنسل لظهور أن المراد غيره لتقدم ذكر زكاة السوائم

والعرض بالضم الجانب منه ومنه أوصى بعرض ما له أي جانب منه بلا تعيين والعرض بكسر العين ما يحمد الرجل ويذم عند وجوده وعدمه

كذا في معراج الدراية

قيد بكونها للتجارة لأنها لو كانت للغلة فلا زكاة فيها لأنها ليست للمبايعة

ولو اشترى عبدا لخدمة (((للخدمة))) ناويا بيعه إن وجد ربحا لا زكاة فيه ولا يرد عليه ما إذا كان في العررض (((العرض))) مانع من نية التجارة كأن اشترى أرض خراج ناويا للتجارة أو اشترى أرض عشر وزرعها فإنها لا تكون للتجارة لما يلزم عليه من الثني كما قدمناه وجواب منلا خسرو بأن الأرض ليست من العروض بناء على تفسيرأبي عبيد إياها بما لا يدخله كيل ولا وزن ولا يكون عقارا ولا حيوانا مردود لما علمت أن الصواب تفسيرها هنا بما ليس بنقد ولذا لا يرد على المصنف ما لو اشترى بذرا للتجارة وزرعه فإنه لا زكاة فيه وإنما يجب العشر فيه لأن بذره في الأرض أبطل كونه للتجارة لأن مجرد كونه نوى الخدمة في عبد التجارة أسقط وجوب الزكاة فلأن يسقط التصرف الأقوى أولى

وكذا لو لم يزرعه ففيه الزكاة وبهذا سقط اعتبار الزيلعي كما لا يخفى

واعلم أن نية التجارة في الأصل تعتبر ثابتة في بدله وأن لم يتحقق شخصها فيه وهو ما قوبض به مال التجارة فإنه يكون للتجارة بلا نية لأن حكم البدل حكم الأصل وكذا لو كان العبد للتجارة فقتله عبد

---

(١) البحر الرائق، ٢/١٤٨

خطأ ودفع به فإن المدفوع يكون للتجارة بخلاف القتل عمدا وأجرة دار التجارة وعبد التجارة بمنزلة ثمن مال التجارة في الصحيح من الرواية

كذا في الخانية

وذكر في الكافي ولو ابتاع مضارب عبدا وثوبا له وطعاما وحمولة وجبت الزكاة في الكل وإن قصد غير التجارة لأنه لا يملك الشراء إلا للتجارة بخلاف رب المال حيث لا يزكى الثوب والحمولة لأنه يملك الشراء لغير التجارة اه

وفي فتح القدير ويحمل عدم تزكية الثوب لرب المال ما دام لم يقصد بيعه معه فإنه ذكر في فتاوى قاضيخان النخاس إذا باع دواب للبيع واشترى لها جلالا ومقاود فإن كان لا يدفع ذلك مع الدابة إلى المشتري لا زكاة فيها وإن كان يدفعها معها وجب فيها وكذا العطار إذا اشترى قوارير اه

وقد يفرق بأن ثوب العبد يدخل في بيعه بلا ذكر تبعا حتى لا يكون له قسط من الثمن فلم يكن مقصودا أصلا **فوجوده كعدمه** بخلاف جل الدواب والقوارير فإنه مبيع قصدا ولذا لم يدخل في البيع (((المبيع))) بلا ذكر

وإنما قال نصاب ورق ولم يقل نصاب فضة لأن الورق بكسر الراء اسم للمضروب من الفضة كما في المغرب

ولا بد أن تبلغ العروض قيمة نصاب من الفضة المضروبة كما في الذخيرة والخانية لأن لزومها مبني على التقوم والعرف أن تقوم بالمصكوك كما قدمناه

وأشار بقوله ورق أو ذهب إلى أنه مخير أن شاء قومها بالفضة وإن شاء بالذهب لأن الثمنين في تقدير قيم الأشياء بهما سواء

وفي النهاية لو كان تقويمه بأحد النقدين يتم النصاب وبالآخر فإنه يقومه بما يتم به النصاب بالاتفاق اه

وفي الخلاصة أيضا ما يفيد الاتفاق على هذا وكل منهما ممنوع فقد قال في الظهيرية رجل له عبد للتجارة أن قوم بالدراهم لا تجب فيه الزكاة وإن قوم بالدنانير تجب فعند أبي حنيفة يقوم بما تجب فيه الزكاة دفعا لحاجة الفقير وسدا لخلته

وقال أبو يوسف يقوم بما اشترى فإن اشتراه بغير النقدين يقوم بالنقد الغالب اه

فالحاصل أن المذهب تخييره إلا إذا كان لا يبلغ بأحدهما نصابا تعين التقويم بما يبلغ نصابا وهو مراد من قال يقوم بالأنفع ولذا قال في الهداية وتفسير الأنقع (((الأنفع))) أن يقومها بما يبلغ نصابا ويقوم العرض بالمصر الذي هو فيه حتى لو بعث عبدا للتجارة في بلد آخر يقوم في ذلك الذي

." (١)

"أيام ولو كانت من ذوات الأقراء (قوله لأنها على النصف) أي لأن غير الحرة جارية على نصف الحرة أي ولقول سيدنا عمر رضي الله عنه وتعتد الأمة بقرأين وقوله في كثير من الأحكام أي كما تقدم في القسم أن للحرة ليلتين وللأمة ليلة وكما سيأتي في باب الحدود إن شاء الله تعالى أنها إذا زنت الحرة المكلفة تجلد مائة وتغرب عاما والأمة على النصف وإذا شربت الأولى الخمر تحد أربعين والأمة على النصف وغير ذلك وخرج بالكثير القليل كضرب المدة في العنة ومدة الزفاف وكسن الحيض وأقله وأكثره وكبينونتها بالثلاث فيما إذا تزوجت على حر وأبانها ففي جميعها ساوت الحرة

تنبيه لو عتقت في عدة رجعية فكحرة فتكمل ثلاثة أقراء لأن الرجعية كالزوجة في معظم الأحكام فكأنها عتقت قبل الطلاق بخلاف ما إذا عتقت في عدة بينونة لأنها كالأجنبية فكأنها عتقت بعد انقضاء العدة أما لو عتقت مع العدة كأن علق طلاقها وعتقها بشيء واحد فإنها تعتد عدة حرة وفي عكس ما ذكر بأن صارت الحرة أمة كأن التحقت بدار الحرب فتكمل عدة حرة على أوجه الوجهين (قوله وكمل الطهر الثاني) أي مع أنها إذا كانت على النصف كما ذكر فحقه أن تكون عدتها قرءا ونصفا

وقوله إذ لا يظهر الخ علة التكميل وجعله في شرح الروض علة لعلة قبلها وعبارته وإنما كمل القرء الثاني لتعذر تبعيضه كالطلاق إذ لا يظهر الخ

اه

وهي أولى

وإنما تعذر تبعيضه لأن أكثر الطهر لا آخر له ولا تعتبر عادتها فيه لأنه ربما أنها تخالف عادتها فاحتيط لذلك وأوجبوا عليها تكميل القرء

وقوله نصفه أي الطهر وقوله إلا بظهور كله أي لا يظهر النصف إلا بظهور الكل أي لا يتبين ويتضح لنا إلا إذا تم ظهور الكل وتمام ظهوره يكون بعود الدم (قوله فلا بد الخ) تفريع على العلة أو على المعلل

---

(١) البحر الرائق، ٢٤٦/٢

وقوله من الإنتظار

أي تنتظر نفسها وتتربص فلا تتزوج

وقوله إلى أن يعود الدم أي فإذا عاد تمت مدة الإنتظار والتربص فيجوز لها بعد ذلك أن تتزوج لانقضاء العدة (قوله وتعتدان الخ) لما أنهى الكلام على عدة الحائل شرع في بيان عدة الحامل

وقوله أي الحرة والأمة بيان لألف التثنية

وقوله لوفاة متعلق بتعتدان أي تعتدان عدة وفاة

وقوله أو غيرها أي الوفاة أي غير مدة الوفاة كعدة الطلاق أو الفسخ (قوله وإن كانتا تحيضان) غاية لكون عدة الحامل بوضع الحمل وحينئذ فكان الأولى تأخيره عن قوله بوضع حمل (قوله بوضع حمل) متعلق بتعتدان والمراد تنقضي عدتهما بوضع حمل وذلك لقوله تعالى ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ وهو مخصص لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ولأن القصد من العدة براءة الرحم وهي حاصلة بالوضع

ثم إنه يتوقف انقضاؤها على انفصال جميع الولد فلا أثر لخروج بعضه متصلا أو منفصلا ويتوقف أيضا على وضع الولد الأخير من توأمين بينهما أقل من ستة أشهر فإن كان بينهما ستة أشهر فأكثر فالثاني حمل آخر

وقوله حملتا أي الحرة والأمة وقدره لأجل تعلق الجار والمجرور بعده ولا حاجة لتقديره ويكون الجار والمجرور بعده صفة لحمل أي حمل منسوب لصاحب العدة من زوج أو واطىء شبهة

وخرج به ما إذا كان منسوبا لغيره فلا تنقضي العدة به

ثم إن كان الحمل بوطء شبهة انقضت عدة الشبهة بوضعه ثم تعتد للزوج وإن كان من زنا **فوجوده كعدمه** إذ لا إحترام له فإن كانت من ذوات الأشهر بأن لم تحض قبل الحمل اعتدت بها أو من ذوات الإقراء اعتدت بها وعليه لو زنت في العدة وحملت من الزنا لم تنقطع العدة (قوله ولو مضغة الخ) غاية لكون عدة الحامل بالوضع أن تعتد بذلك ولو كان ما وضعته من الحمل مضغة تتصور لو بقيت في بطنها ومثله بالأولى ما لو كان فيها صورة آدمي بالفعل

وعبارة المنهاج مع التحفة وتنقضي بمضغة فيها صورة آدمي خفية على غير القوابل أخبر بها بطريق الجزم أهل الخبرة ومنهم القوابل لأنها حينئذ تسمى حملا وعبروا بأخبر لأنه لا يشترط لفظ شهادة إلا إذا وجدت دعوى عند قاض أو محكم وإذا اكتفى في الأخبار بالنسبة للباطن فليكتف بقابلة كما هو ظاهر

أخذا من قولهم لمن غاب زوجها فأخبرها عدل بموته أن تتزوج باطنا فإن لم يكن فيها صورة خفية ولكن قلن أي القوابل مثلا لا مع تردد هي أصل آدمي ولو بقيت تخلقت

". (١)

"فتأخيرها رضا بالإعسار وقبل الرفع لم تستحق الفسخ الآن لعدم الرفع المقتضي لإذن القاضي لاستحقاقها الفسخ

وقوله فوري قال في شرح الروض وعلم من كونه على الفور بعد الطلب أنه لا يمهل ثلاثة أيام ولا دونها وبه صرح الماوردي والروياني

قال الأذرعي وليس بواضح بل قد يقال بأن الإمهال هنا هو أولى لأنها تتضرر بتأخير النفقة بخلاف المهر

اه

قال سم وما قاله الأذرعي هو الوجه والفورية إنما تعتبر بعد الإمهال

اه (قوله فيسقط الفسخ) أي خياره فليس لها الخيار بالفسخ إذا أخرته بلا عذر عن الرفع إلى الحاكم أو عن الإمهال على ما قاله الأذرعي واستوجهه سم وقوله كجهل مثال للعذر فإذا جهلت أن الخيار فوري وأخرته عن الرفع المذكور لها الفسخ بعد ذلك (قوله ولا فسخ بعد الوطء) أي طائعة وكان حقه أن يذكره كما ذكره فيما تقدم لأجل أن يلائم التفريع بعده (قوله لتلف المعوض) تعليل لعدم جواز الفسخ يعني ليس لها الفسخ بما ذكر لكون المعوض وهو البضع قد تلف بالوطء والعوض وهو المهر صار دينا في ذمته بتمكينها له لأنه يشعر برضاها بذمته

والفسخ لا يتصور إلا إذا كان المعوض باقيا بحاله والعوض ليس في الذمة فصار حكمه حينئذ حكم عجز المشتري عن الثمن بعد قبض المبيع وتلفه (قوله فلو وطئها مكرهة) محترز طائعة التي قدرتها أو التي ذكرت في كلامه (قوله فلها الفسخ بعده) أي بعد وطئها الذي أكرهت عليه لأن **وجوده كعدمه** وقوله أيضا أي كقبل الوطء (قوله قال بعضهم الخ) مرتبط بقوله ولا فسخ بعد الوطء فالاستثناء منه فكان الأولى تقديمه على قوله ولو وطئها مكرهة

---

(١) إعانة الطالبين– دار الفكر، ٤/٤٨

واستوجه في النهاية القول المذكور وقوله له أي للزوج وقوله وهي صغيرة أي والحال أنها صغيرة أي أو مجنونة

وقوله بغير مصلحة متعلق بسلمها والمصلحة كأن كانت تحتاج إلى الإنفاق وليس هناك من ينفق عليها فيسلمها له لأجل الانفاق (قوله فلها الفسخ حينئذ) أي حين إذ سلمها الولي بغير مصلحة وحبست نفسها عنه عقب بلوغها أو عقب إفاقتها من الجنون وقوله إن عجز عنه أي عن المهر (قوله ولو بعد الوطء) الأولى عدم ذكر هذه الغاية لأن الاستثناء من قوله ولا فسخ بعد الوطء كما علمت (قوله لأن وجوده) أي الوطء وقوله هنا أي في حالة ما إذا سلمها الولي له بغير مصلحة

وقوله كعدمه أي الوطء (قوله أما إذا قبضت بعضه) مفهوم قوله لم تقبض منه شيئا (قوله فلا فسخ لها) أي بعجزه عن بقيته (قوله على ما أفتى الخ) أي أن عدم الفسخ مبني على ما أفتى به الخ وهذا هو المعتمد عند ابن حجر

قال لأن البضع لا يقبل التبعيض فبأداء البعض يدور الأمر بين أن يغلب عليه حكم المقبوض أو حكم غيره والأول أولى لتشوف الشارع إلى بقاء النكاح

اه

وقوله حكم المقبوض أي فلا فسخ

وقوله أو حكم غيره أي فيثبت الفسخ

وقال في التحفة وفارق جواز الفسخ بالفلس بعد قبض بعض الثمن بإمكان التشريك فيه دون البضع

اه (قوله وقال البارزي كالجوهري لها الفسخ) أي لأنه يلزم على عدم جوازه إجبارها على تسليم نفسها بتسليم بعض الصداق ولو درهما واحدا من صداق هو ألف درهم وهو في غاية البعد وقوله واعتمده الأذرعي أي وقال هو الوجه نقلا ومعنى واعتمد هذا الخطيب في مغنيه أيضا (قوله يتحقق العجز) أي المثبت للفسخ

وقوله عما مر أي من أقل النفقة وأقل الكسوة والمسكن والمهر (قوله بغيبة ماله) أي الزوج (قوله لمسافة القصر) خرج غيبته لدون مسافة القصر فلا يتحقق العجز بها لأنه في حكم الحاضر فيكلف إحضاره عاجلا (قوله فلا يلزمها الصبر) أي فلها الفسخ حالا لتضررها بالانتظار الطويل

قال في شرح الروض وفرق البغوي بين غيبته موسرا وغيبة ماله بأنه إذا غاب ماله فالعجز من جهته وإذا غاب هو موسرا فقدرته حاصلة والتعذر من جهتها

اه (قوله إلا إن قال أحضر الخ) أي فيلزمها الصبر وعبارة شرح المنهج نعم لو قال أنا أحضره مدة الإمهال فالظاهر إجابته ذكره الأذرعي وغيره

اه

وقوله مدة الإمهال قال في الجمل أي إمهال المعسرين وهي ثلاثة أيام فإذا لم يحضره فيها أمهل ثلاثة أخرى فإذا لم يحضره فيها فسخت ولا يمهل مدة ثالثة

اه

شيخنا

اه

ثم إن هذا في غير الإعسار بالمهر لأنه

." (١)

" التيمم وإلا فلا وعليه الفتوى

وقال محمد وزفر يعيد مطلقا كما في المضمرات أو عيد ابتداء أي يجوز التيمم بالاتفاق كذلك إذا خاف فوت صلاة العيد ابتداء لأنها تفوت لا إلى خلف

وكذا بناء بعد شروعه متوضئا و بعد سبق حدثه عند الإمام لأن الخوف باق لأنه يوم زحمة فربما اعتراه ما أفسد صلاته خلافا لهما لعدم خوف الفوت إذ اللاحق يصلي بعد فراغ الإمام

وفي المحيط لو علم أنه لو اشتغل بالوضوء لا يفرغ الإمام عن صلاته لا يجزيه التيمم لا يجوز لخوف فوت صلاة جمعة أو وقتية والأصل فيه أن كل ما يفوت لا إلى خلف جاز أداؤه بالتيمم مع وجود الماء وكل ما يفوت إلى خلف لم يجز والجمعة تفوت إلى بدل وهو الظهر والوقتية كذلك

ولا ينقضه ردة أي لا ينقض التيمم ردة المتيمم لأن التيمم حصل حال الإسلام فيصح واعتراض الكفر عليه لا ينافيه كالوضوء لأن الردة تبطل ثواب العمل ولا تؤثر في زوال الحدث خلافا لزفر لأن الردة تبطل العبادات بالنص والتيمم عبادة واعترض بأن التيمم لا يكون عبادة إلا بالنية وهي ليست بشرط عنده وأجيب بأن هذا القول منه في تيمم بنية أو نقول في رواية أخرى عنه أنه اشترط النية في التيمم بل ينقضه ناقض الوضوء لأنه خلف الوضوء فيكون أضعف منه كذا في شروح الهداية وفيه كلام وهو أن كون البدلية بين

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ٨٨/٤

التيمم والوضوء قول محمد لا قولهما والأولى أن يقال لأن البدلية ثابته إما بينه وبين الوضوء أو بين الماء والتراب وعلى التقديرين ما ينقض الوضوء ينقضه بالطريق الأولى كذا قال المحشي المعروف بيعقوب باشا والضمير في ينقضه راجع إلى التيمم الذي بلا اعتبار قيد لا إن عدم القيد معتبر فيه وبهذا لا يرد اعتراض الفاضل المعروف بقاضي زاده على صدر الشريعة بأن الضمير إن كان يرجع إلى مطلق التيمم لا يستقيم معنى قوله وينقضه ناقض الوضوء لأن ناقض الوضوء لا يرفع الطهارة عن الجنابة والحيض والنفاس وإن أراد رجوع بعض التيمم دون مطلقه لا يستقيم عطف قوله وقدرته على ماء كاف لطهره على ناقض الوضوء فإن القدرة تنقض مطلق التيمم

تدبر

والقدرة على ماء كاف لأنه إن لم يكف **فوجوده كعدمه** لطهارته وعلى استعماله لأنه إذا قدر عليه ولكن لم يقدر على استعماله **فوجوده كعدمه**

وفي الهداية وينقضه رؤية الماء إذا قدر على استعماله لأن القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب انتهى واعلم أن إسناد النقض إلى رؤية الماء إسناد مجازي لأن رؤية الماء عند القدرة على

". (١)

" أي مال أخذه السلطان أو غيره ظلما ووصل إليه بعده ودين كان قد جحد المديون سنين علانية لا سرا ولا بينة عليه ثم أقر بعده عند قوم وفي البحر فجميع ما ذكر من جملة المال الضمار بخلاف دين على مقر ملي أي غني أو معسر لأن الدين على المعسر ليس كالهالك لإمكان الوصول بواسطة التحصيل

أو مفلس بتشديد اللام وفتحها من فلسه القاضي أي نادى في الناس بأنه مفلس لأن التفليس غير صحيح عند الإمام فكان **وجوده كعدمه** لأن المال غاد ورائح فلا يكون كالهالك أو جاحد عليه بينة هذا على قول أكثر المشايخ وعن محمد لا تجب الزكاة إذ ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل

وقال شمس الأئمة هو الصحيح كما في الخانية والتحفة أو علم به قاض لكن المفتى به عدم القضاء بعلم القاضي الآن خلافا لمحمد في المفلس لتحقق الإفلاس بالتفليس عنده وأبو يوسف مع محمد في تحقق الإفلاس حتى تسقط المطالبة إلى وقت اليسار ومع الإمام في حكم الزكاة فتجب لما مضى إذا قبض

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١/٦٤

عندهما رعاية لجانب الفقراء كما في العناية وغيرها وبخلاف ما دفن في البيت ونسي مكانه لإمكان التوصل إليه بحفره والمراد بالبيت ما يكون في حرزه كما بين آنفا ولو قال في الحرز لكان أولى

وفي المدفون في الأرض المملوكة أو الكرم اختلاف المشايخ وجه من قال بالوجوب إن حفر جميع الأرض والكرم ممكن فلا يتعذر الوصول إليه كما في البيت ووجه من قال بعدم الوجوب أن في حفر جميعها تعسرا أو حرجا وهو موضوع حتى لو كانت دارا عظيمة فالمدفون فيها يكون ضمارا كما في تاج الشريعة

ويزكى الدين أي ما قبض من الدين

." (١)

"تكون عدتها قرءا ونصفا.

وقوله: إذ لا يظهر الخ علة التكميل، وجعله في شرح الروض علة لعلة قبلها وعبارته: وإنما كمل القرء الثاني لتعذر تبعيضه كالطلاق إذ لا يظهر الخ.

اه.

وهي أولى.

وإنما تعذر تبعيضه لان أكثر الطهر لا آخر له ولا تعتبر عادتها فيه لانه ربما أنها تخالف عادتها فاحتيط لذلك، وأوجبوا عليها تكميل القرء.

وقوله نصفه: أي الطهر وقوله إلا بظهور كله: أي لا يظهر النصف إلا بظهور الكل: أي لا يتبين، ويتضح لنا إلا إذا تم ظهور الكل وتمام ظهوره يكون بعود الدم (قوله: فلا بد الخ) تفريع على العلة أو على المعلل.

وقوله من الانتظار.

أي تنتظر نفسها وتتربص فلا تتزوج.

وقوله إلى أن يعود الدم: أي فإذا عاد تمت مدة الانتظار والتربص فيجوز لها بعد ذلك أن تتزوج لانقضاء العدة (قوله: وتعتدان الخ) لما أنهى الكلام على عدة الحائل شرع في بيان عدة الحامل.

وقوله أي الحرة والامة: بيان لالف التثنية.

وقوله لوفاة متعلق بتعتدان: أي تعتدان عدة وفاة.

وقوله أو غيرها: أي الوفاة أي غير مدة الوفاة كعدة الطلاق أو الفسخ (قوله: وإن كانتا تحيضان) غاية لكون

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١/٢٨٨

عدة الحامل بوضع الحمل، وحينئذ فكان الاولى تأخيره عن قوله بوضع حمل (قوله: بوضع حمل) متعلق بتعتدان والمراد تنقضي عدتهما بوضع حمل، وذلك لقوله تعالى: * (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) * وهو مخصص لقوله تعالى: * (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) * ولان القصد من العدة براءة الرحم وهي حاصلة بالوضع.

ثم إنه يتوقف انقضاؤها على انفصال جميع الولد فلا أثر لخروج بعضه متصلا أو منفصلا، ويتوقف أيضا على وضع الولد الاخير من توأمين بينهما أقل من ستة أشهر، فإن كان بينهما ستة أشهر فأكثر فالثاني حمل آخر.

وقوله حملتا: أي الحرة والامة وقدره لاجل تعلق الجار والمجرور بعده ولا حاجة لتقديره ويكون الجار والمجرور بعده صفة لحمل: أي حمل منسوب لصاحب العدة من زوج أو واطئ شبهة.

وخرج به ما إذا كان منسوبا لغيره فلا تنقضي العدة به.

ثم إن كان الحمل بوطئ شبهة انقضت عدة الشبهة بوضعه ثم تعتد للزوج وإن كان من زنا **فوجوده كعدمه**: إذ لا إحترام له فإن كانت من ذوات الاشهر بأن لم تحض قبل الحمل اعتدت بها أو من ذوات الاقراء اعتدت بها وعليه لو زنت في العدة وحملت من الزنا لم تنقطع العدة (قوله: ولو مضغة الخ) غاية لكون عدة الحامل بالوضع أن تعتد بذلك ولو كان ما وضعته من الحمل مضغة تتصور لو بقيت في بطنها، ومثله بالاولى ما لو كان فيها صورة آدمي بالفعل.

وعبارة المنهاج مع التحفة: وتنقضي بمضغة فيها صورة آدمي خفية على غير القوابل أخبر بها بطريق الجزم أهل الخبرة ومنهم القوابل لانها حينئذ تسمى حملا وعبروا بأخبر لانه لا يشترط لفظ شهادة إلا إذا وجدت دعوى عند قاض أو محكم،

وإذا اكتفى في الاخبار بالنسبة للباطن فليكتف بقابلة - كما هو ظاهر - أخذا من قولهم لمن غاب زوجها فأخبرها عدل بموته أن تتزوج باطنا فإن لم يكن فيها صورة خفية ولكن قلن: أي القوابل مثلا لا مع تردد هي أصل آدمي ولو بقيت تخلقت انقضت العدة بوضعها أيضا على المذهب لتيقن براءة الرحم بها كالدم بل أولى.

اه.

وقوله فليكتف بقابلة: أي بالنسبة للباطن، أما بالنسبة للظاهر فلا بد من أربع قوابل بشرط عدالتهن كما في سائر الشهادات أو رجلين أو رجل وامرأتين (قوله: لا بوضع علقة) أي لا تنقضي العدة بوضع علقة، وذلك

لانها تسمى دما لا حملا ولا يعلم كونها أصل آدمي، ومثلها بالاولى النطفة (قوله: يلحق ذا العدة الخ) أي بشرط أن لا تنكح آخر أو نكحته، ولكن لم يمكن كون الولد منه بأن كان صبيا أو ممسوحا أو ولدته لدون ستة أشهر من نكاحه كما سيعلم مما بعده.

وقوله إلى أربع سنين: متعلق بمحذوف: أي إذا وضعت لستة أشهر ولحظتين أو أكثر، وتنتهي الكثرة بوضعه لاربع سنين لانها أكثر مدة الحمل بدليل الاستقراء.

وحكي عن مالك أنه قال: جاورتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاث أبطن في اثنتي

---

(١) سورة الطلاق، الاية: ٤.

(٢) سورة البقرة، الاية: ٢٢٨.." [١]

"(قوله: فيسقط الفسخ) أي خياره فليس لها الخيار بالفسخ إذا أخرته بلا عذر عن الرفع إلى الحاكم أو عن الامهال على ما قاله الاذرعي، واستوجهه سم، وقوله كجهل مثال للعذر، فإذا جهلت أن الخيار فوري وأخرته عن الرفع المذكور لها الفسخ بعد ذلك (قوله: ولا فسخ بعد الوطئ) أي طائعة وكان حقه أن يذكره كما ذكره فيما تقدم لاجل أن يلائم التفريع بعده (قوله: لتلف المعوض) تعليل لعدم جواز الفسخ: يعني ليس لها الفسخ بما ذكر لكون المعوض، وهو البضع، قد تلف بالوطئ، والعوض، وهو المهر، صار دينا في ذمته بتمكينها له لانه يشعر برضاها بذمته.

والفسخ لا يتصور إلا إذا كان المعوض باقيا بحاله، والعوض ليس في الذمة، فصار حكمه حينئذ حكم عجز المشتري عن الثمن بعد قبض المبيع وتلفه

(قوله: فلو وطئها مكرهة) محترز طائعة التي قدرتها أو التي ذكرت في كلامه (قوله: فلها الفسخ بعده) أي بعد وطئها الذي أكرهت عليه لان **وجوده كعدمه**، وقوله أيضا: أي كقبل الوطئ (قوله: قال بعضهم الخ) مرتبط بقوله ولا فسخ بعد الوطئ فالاستثناء منه، فكان الاولى تقديمه على قوله ولو وطئها مكرهة.

واستوجه في النهاية القول المذكور وقوله له: أي للزوج وقوله وهي صغيرة: أي والحال أنها صغيرة: أي أو مجنونة.

وقوله بغير مصلحة: متعلق بسلمها والمصلحة كأن كانت تحتاج إلى الانفاق وليس هناك من ينفق عليها

---

(١) إعانة الطالبين، ٥٧/٤

فيسلمها له لاجل الانفاق (قوله: فلها الفسخ حينئذ) أي حين إذ سلمها الولي بغير مصلحة وحبست نفسها عنه عقب بلوغها أو عقب إفاقتها من الجنون، وقوله إن عجز عنه: أي عن المهر (قوله: ولو بعد الوطئ) الاولى عدم ذكر هذه الغاية لان الاستثناء من قوله ولا فسخ بعد الوطئ، كما علمت (قوله: لان وجوده) أي الوطئ: وقوله هنا: أي في حالة ما إذا سلمها الولي له بغير مصلحة.

وقوله كعدمه: أي الوطئ (قوله: أما إذا قبضت بعضه) مفهوم قوله لم تقبض منه شيئا (قوله: فلا فسخ لها) أي بعجزه عن بقيته (قوله: على ما أفتى الخ) أي أن عدم الفسخ مبني على ما أفتى به الخ، وهذا هو المعتمد عند ابن حجر.

قال: لان البضع لا يقبل التبعيض فبأداء البعض يدور الامر بين أن يغلب عليه حكم المقبوض أو حكم غيره، والاول أولى لتشوف الشارع إلى بقاء النكاح.

اه.

وقوله حكم المقبوض: أي فلا فسخ.

وقوله أو حكم غيره: أي فيثبت الفسخ.

وقال في التحفة: وفارق جواز الفسخ بالفلس بعد قبض بعض الثمن بإمكان التشريك فيه دون البضع.

اه (قوله: وقال البارزي كالجوهري لها الفسخ) أي لانه يلزم على عدم جوازه إجبارها على تسليم نفسها بتسليم بعض الصداق ولو درهما واحدا من صداق هو ألف درهم وهو في غاية البعد، وقوله واعتمده الاذرعي: أي وقال هو الوجه نقلا ومعنى، واعتمد هذا الخطيب في مغنيه أيضا (قوله: يتحقق العجز) أي المثبت للفسخ.

وقوله عما مر: أي من أقل النفقة وأقل الكسوة والمسكن والمهر (قوله: بغيبة ماله) أي الزوج (قوله: لمسافة القصر) خرج غيبته لدون مسافة القصر فلا يتحقق العجز بها لانه في حكم الحاضر فيكلف إحضاره عاجلا (قوله: فلا يلزمها الصبر) أي فلها الفسخ حالا لتضررها بالانتظار الطويل.

قال في شرح الروض: وفرق البغوي بين غيبته موسرا وغيبة ماله بأنه إذا غاب ماله فالعجز من جهته، وإذا غاب هو موسرا فقدرته حاصلة والتعذر من جهتها.

اه (قوله: إلا إن قال أحضر الخ) أي فيلزمها الصبر، وعبارة شرح المنهج: نعم، لو قال أنا أحضره مدة الامهال فالظاهر إجابته ذكره الاذرعي وغيره.

اه.

وقوله مدة الامهال: قال في الجمل أي إمهال المعسرين وهي ثلاثة أيام، فإذا لم يحضره فيها أمهل ثلاثة أخرى، فإذا لم يحضره فيها فسخت ولا يمهل مدة ثالثة.

اه.

شيخنا.

اه.

ثم إن هذا في غير الاعسار بالمهر لانه." (١)

"(٢)العيد مع الإمام وخاف الفوت واشتغل بالوضوء جاز له الشروع بالتيمم فإذا أحدث في صلاته جاز له البناء بالتيمم إذا كان الشروع بالوضوء في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال صاحباه لا يجوز البناء بالتيمم ولو أحدث في صلاة الجمعة لا يبني بالتيمم لأن الجمعة تفوت إلى خلف وهو الظهر ولا يتيمم السلطان لصلاة العيد ولا الولي لصلاة الجنازة رجل رأى التيمم إلى الرسغ أو الوتر ركعة واحدة وفعل ذلك زمانا ثم رأى الوتر ثلاثا والتيمم إلى المرفق لا يعيد ما صلى قبل لأنه كان مجتهدا فيما فعل ولو لم يكن من أهل الرأي ففعل ذلك من غير أن يسأل أحد ثم سأل فأفتي أن التيمم إلى المرفق وأن الوتر ثلاثا فإنه يعيد ما صلى لأنه ما كان مجتهدا فيه وإذا تيمم الرجل عن موضع تيمم عنه غيره جاز مسافر أحدث ومعه ثوب نجس فوجد ماء قدر ما يكفي للوضوء أو للنجاسة ولا يكفي لهما فإنه يغسل الثوب به ويصلي بالتيمم فإن توضأ بالماء وصلى في الثوب النجس جاز ويكون مسيئا فيما فعل وإذا تيمم لصلاة الجنازة وصلى جاز له أن يصلي بذلك التيمم على جنازة أخرى قبل أن يقدر على الوضوء كما لو تيمم للمكتوبة وصلى كان له أن يصلي مكتوبة أخرى رجل أتى ماء من المياه أي حيا وطلب ماء فلم يجد وصلى بالتيمم فهو على وجهين إن رأى قوما من أهله فلم يسألهم فصلى بالتيمم ثم سألهم فأخبروه بالماء لم يجز وإن سألهم فلم يخبروه أو لم ير قوما من أهله جازت صلاته مسافر نسي الماء في رحله أو في رحله ماء ولم يعلم به فتيمم فصلى جاز الصلاة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمها الله تعالى وكذا ولو كان على شط نهر أو جنب بئر ولم يعلم به وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذين الفصلين روايتان ولو صلى عريانا ومعه ثوب لا يعلم به ذكر الشيخ الكرخي رحمه الله تعالى أنه على هذا الخلاف المسافر إذا وجد ماء قدر ما يغسل به كل عضو مرة واحدة لا يجوز له التيمم إلا إذا خاف على نفسه العطش أو على دابته ولو كان

---

(١) إعانة الطالبين، ٤/١٠٠

(٢) ٦٣

متيمما فوجد ماء قدر ما يكفي كل عضو مرة واحدة فغسل بعض أعضائه ثلاثا ثلاثا فلم يبق الماء فإنه يعيد التيمم إذا أحدث الإمام في صلاة الجنازة قال الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى إن استخلف متوضئا ثم تيمم وصلى خلفه أجزأه في قولهم جميعا وإن

[(١)]تيمم هذا الذي أحدث وأم الناس وأتم جازت صلاة الكل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعلى قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى صلاة المتوضئين فاسدة وصلاة المتيممين جائزة وهذه المسئلة دليل على أن في صلاة الجنازة يجوز البناء والاستخلاف ويجوز فيها اقتداء المتوضئ بالمتيمم كما في غيرها من الصلاة إذا أراد أن يتيمم فضرب ضربة واحدة ثم أحدث فمسح بذلك التراب وجهه ثم ضرب ضربة أخرى لليدين إلى المرفقين جاز المصلي بالتيمم إذا قال له نصراني خذ الماء فإنه يمضي على صلاته ولا يقطع لأن كلامه قد يكون على وجه الاستهزاء فلا يقطع بالشك فإذا فرغ من الصلاة سأله إن أعطاه أعاد الصلاة وإلا فلا إذا تيمم الرجل ثم أصاب بعض بدنه نجاسة أكثر من قدر الدرهم فإنه يمسحها بخرقة أو تراب ويصلي لأن المسح يقلل النجاسة وإن كان لا يستأصلها وإن صلى ولم يمسح جاز وهذا والاستنجاء بالحجر سواء إذا طهرت المسافرة من حيضها وأيامها أقل من عشرة فتيممت إن صلت بذلك التيمم حل للزوج أن يطأها عند الكل وإن لم تصل لا ذكر لها في الأصل واختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى قال بعضهم يحل للزوج وطؤها قبل الصلاة عند محمد رحمه الله تعالى ولا يحل عندهما لأن عندهما لا ينقطع حق الرجعة قبل الصلاة وعلى قول محمد رحمه الله تعالى ينقطع و الأحوط أن لا يطأها المسافر إذا لم يجد الماء ووجد الثلج إن كان ذلك في مكان البرد وزمانه يجوز له التيمم لأن التوضؤ بالثلج لا يجوز إلا بشرط أن يسيل الماء على أعضائه ويتقاطر وذلك لا يتصور في زمان الشتاء فإذا عجز عن التوضؤ يباح له التيمم رجل لم يجد إلا سؤر الكلب فإنه يتيمم لأنه نجس فكان **وجوده كعدمه** جنب مر بمسجد فيه عين ماء لا يجد ماء غيره لا يباح له أن يدخل المسجد عندنا من غير تيمم قال الشافعي رحمه الله تعالى يباح له الاجتياز ولا يباح القعود ولو كان الرجل في المسجد فغلبه النوم واحتلم تكلم فيه قال بعضهم لا يباح له الخروج قبل التيمم وقال بعضهم يباح

(فصل في المسجد) تكره المضمضة والوضوء فيه إلا أن يكون ثمة موضع اتخذ لذلك لا يصلى فيه أو

---

(١) ٦٤

توضأ في إناء وقد مر قبل هذا ولا يبزق في المسجد لا فوق البواري ولا تحت الحصير لأنا أمرنا بتعظيم المسجد وصونه." (١)

"(٢) ولا يتوضأ بالماء القليل الذي وقعت فيه النجاسة الفاسق إذا كان يؤم وعجز القوم عن منعه تكلم الناس فيه قال بعضهم في صلاة الجمعة يقتدي به ولا يترك الجمعة بإمامته لأن في الجمعة لا يوجد غيره ومن شرائط السنة والجماعة أن يرى الصلاة خلف كل بر وفاجر وأما في غير الجمعة من المكتوبات بسبيل من أن يتحول إلى مسجد آخر ولا يأثم بذلك لأن قصده الصلاة خلف تقي وإذا صلى الرجل خلف فاسق أو مبتدع يكون محرزا ثوب الجماعة لما روينا من الحديث لكن لا ينال ثواب من صلى خلف تقي عالم قال عليه الصلاة والسلام من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى خلف نبي من الأنبياء رجلان هما في الفقه والصلاح سواء إلا أن أحدهما أقرأ فقدم أهل المسجد الآخر ولم يقدموا أقرأهما فقد أساؤا ولا يأثمون وكذا إذا قلد القضاء وهو من أهله وغيره أفضل منه وكذا الوالي أما الخليفة فليس لهم أن يولوا الخلافة إلا لأفضلهم وهذا في الخلفاء خاصة وعليه إجماع الأمة وإن اختار بعض القوم لهذا والبعض لهذا فالعبرة لاجتماع الأكثر رجل أم قوما وهم له كارهون فإن كانت الكراهة لفساد فيه أو لأنهم أحق بالإمامة منه كره له ذلك وإن كان هو أحق بالإمامة لا يكره لأن الجاهل والفاسق يكره العالم والصالح رجل أم قوما شهرا ثم قال كنت مجوسيا فإنه يجبر على الإسلام ولا يقبل قوله وصلاتهم جائزة وكذا لو قال صليت بكم المدة على غير وضوء وهو ماجن لا يقبل قوله وإن لم يكن كذلك واحتمل أنه قال ذلك على وجه التورع والإحتياط أعادوا صلاتهم العبد إذا قلد عمل ناحية فصلى بهم جازت صلاتهم ولو استقضى فقضى لا يجوز قضاؤه بمنزلة المحدود في القذف إذا صلى بالناس جازت صلاتهم ولو قضى أو شهد لا يجوز ويجوز إمامة الأعرابي والأعمى والعبد وولد الزنا وغيرهم أولى وقد مر في الأذان لا بأس للرجل أن يؤم الناس وعلى يديه تصاوير لأنها مستورة بالثياب وكذا لو صلى وبإصبع خاتم فيه صورة صغيرة أو صلى ومعه دراهم عليها تماثيل لأنها صغيرة المقتدي إذا رأى على ثوب الإمام نجاسة أقل من قدر الدرهم وعنده

(٣) أنها مانعة جواز الصلاة وعند الإمام أنها لا تمنع جازت صلاة الإمام ولا تجوز صلاة المقتدي لأنه يعتقد فساد صلاة الإمام وفساد الإقتداء به ولو كان رأى الإمام أن النجاسة قليل تمنع إلا أنه لم يعلم

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ٣٠/١

(٢) ٩٢

(٣) ٩٣

بالنجاسة وفي رأي المقتدي أنها لا تمنع جازت صلاة المقتدي لأنه معتقد جواز صلاة الإمام وصحة الإقتداء به المتنفل إذا اقتدى بمفترض وأحدث الإمام وخرج من المسجد إن استخلف المتنفل فسدت صلاتهما وإن لم يستخلف جاز صلاة الإمام وفسدت صلاة المقتدي وهي ومسئلة النساء سواء وكذا المقيم إذا اقتدى بالمسافر بعد خروج الوقت فأحدث الإمام فهي على هذه الوجوه ويكره أن يكون الإمام في مكان أعلى من القوم وعلى العكس لا يكره ذكر في النوادر وعليه عامة المشايخ رحمهم اللہ تعالى والارتفاع المكروه يقدر بقامة الوسط ذكره الكرخي رحمه الله تعالى وإن كان بين الإمام والمقتدي طريق إن كان ضيقا لا تمر فيه العجلة والأوقار لا يمنع الإقتداء وإن كان واسعا تمر فيه العجلة والأوقار يمنع فإن قام المقتدي في عرض الطريق واقتدى بالإمام جاز ويكره أما الجواز لأنه إذا قام في الطريق لم يبق بينه وبين الإمام طريق تمر به العجلة فإن قام رجل آخر خلف المقتدي وراء الطريق واقتدى به لا يصح اقتداؤه لأن صلاة من قام على الطريق مكروه فصار في حق من خلفه **وجوده كعدمه** ولو كان على الطريق ثلاثة جازت صلاة من خلفهم لأن الثلاثة صف في بعض الروايات وعند اتصال الصفوف لا يبقى الطريق حائلا وكذا إذا كان خلفه إثنان على قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى تجوز صلاة من خلفهما وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا تجوز ولو قام الإمام في الطريق واصطف الناس خلفه في الطريق على طول الطريق إن لم يكن بين الإمام وبين من خلفه في الطريق مقدار ما تمر فيه العجلة جاز صلاتهم وكذا فيما بين الصف الأول والثاني إلى آخر الصفوف ولو كان بين الإمام وبين المقتدين نهر يجري فيه الزوارق يمنع الإقتداء لقوله عليه الصلاة والسلام ليس مع الإمام من كان بينه وبين الإمام نهر أو طريق أو صف من النساء والنهر المطلق والطريق المطلق ما يكون كبيرا وحد الكبير ما قلنا وإن." [1]

"[2]بخلاف المأكول لأن ثمة أفسد اللحم فيجب عليه قيمته ما بلغت وفي الصيد المملوك تجب قيمته بالغة لأن ذلك ضمان الملك فتجب قيمته بالغة ما بلغت بخلاف الجزاء (فصل في كيفية أداء الحج) المحرم بالحج إذا ألقى محظورات إحرامه وقدم مكة فدخلها ليلا أو نهارا لا يضر. والمستحب أن يدخلها نهارا وقال بعض الناس يكره دخولها ليلا وإذا دخل المسجد الحرام وشاهد البيت يكبر ويهلل ويحمد الله تعالى ثم يبدأ بالحجر فيستقبله ويكبر رافعا يديه كما يكبر للصلاة ثم يرسلهما ويستلم الحجر وتفسير ذلك أن يضع كفيه على الحجر ويقبل الحجر إن استطاع من غير أن يؤذي أحد لأن رسول الله صلى الله عليه

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ١/٤٤

(٢) ٢٩٢

وسلم فعل ذلك والحكمة في تقبيل الحجر ما روى عن على رضي الله تعالى عنه أنه قال لما أخذ الله الميثاق على بني آدم من ذريته كتب بذلك كتابا فجعله في جوف الحجر فيجيء يوم القيامة ويشهد لمن استلمه وإن لم يستطع استلام الحجر من غير أن يؤذي أحدا لا يستلمه لكن يستقبل الحجر ويشير بكفيه نحو الحجر ويكبر ويهلل ويحمد الله تعالى ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يقبل كفيه ثم يأخذ عن يمين الحجر ويطوف بالبيت طواف التحية يطوف بالبيت سبعة أشواط من وراء الحطيم من الحجر إلى الحجر شوط يرمل في الثلاثة الأول يعني يهز كتفيه ويرى من نفسه القوة والجلادة ويمشي على هينته في الأربع وكذا في كل طواف بعده سعي فإنه يرمل فيه وكلما مر بالحجر في الطواف يستلمه إن استطاع من غير أن يؤذي أحدا وإن لم يستطع يستقبل الحجر ويكبر ويهلل واستلام الركن اليماني مستحب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وليس بواجب ثم يصلي بعد الطواف ركعتين عند المقام أو حيثما تيسر له من المسجد وإن صلى في غير المسجد جاز وركعتا الطواف عندنا واجبة وإذا فرغ من الصلاة يعود إلى الحجر ويستلمه إن استطاع يستقبل الحجر ويكبر ويهلل وهذا الاستلام لافتتاح السعي بين الصفا والمروة فإن كان لا يريد بعد هذا الطواف السعي بين الصفا والمروة لا يعود إلى الحجر بعد ركعتين الطواف ثم يخرج إلى الصفا من أي باب شاء ويسعى بين الصفا والمروة والسعي بين الصفا والمروة عندنا واجب لو تركه يلزمه الدم وعند الشافعي رحمه الله تعالى ركن

[1]وصفة السعي أن يبدأ بالصفا فيصعد ويستقبل الكعبة ثم يكبر ثلاثا ثم يقول لا إله إلا الله وحده لا شريك له إلى آخره يرفع بها صوته ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو الله تعالى بحاجته ثم ينزل من الصفا ويمشي إلى المروة على هينته حتى يصل إلى بطن الوادي ثم يسعى في بطن الوادي سعيا فإذا خرج من بطن الوادي يمشي على هينته حتى يصعد المروة فإذا صعدها يستقبل الكعبة ويكبر ويهلل يفعل بالمروة ما يفعل بالصفا يسعى كذلك سبعة أشواط من الصفا إلى المروة شوط ومن المروة إلى الصفا شوط عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى خلافا لما قاله البعض فإذا فرغ من العس يدخل المسجد ويصلى ركعتين ثم يقيم بمكة حراما إلى يوم التروية لا يحل له شيء من المحظورات فما دام بمكة يطوف بالبيت ما بدا له كل طواف سبعة أشواط ثم يروح مع الناس إلى منى يوم التروية بعد صلاة الفجر وطلوع الشمس ويبيت بمنى ويصلى تتمة صلاة الغجر يوم عرفة بغلس ثم يتوجه إلى عرفات فإذا انتهى إليه ينزل في أي موضع شاء وإن خرج منها قبل طلوع الشمس فهو جائز ولو صلى الظهر يوم التروية بمكة ثم خرج منها وبات بمنى لا

---

(١) ٢٩٣

بأس به وإن بات بمكة وخرج منها يوم عرفة إلى عرفات كان مخالفا للسنة ولا يلزمه الدم فإذا زالت الشمس من يوم عرفة يتوضأ أو يغتسل والغسل أفضل ثم يصلى الظهر والعصر مع الإمام في وقت الظهر بأذان واحد وإقامتين يؤذن للظهر ويقيم ثم يقيم للعصر بعد الظهر وإن فاتته الجماعة صلى كل صلاة في وقتها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يجمع بين الصلاتين في وقت الظهر خلافا لصاحبيه رحمهما الله تعالى ولو صلى الظهر وهو غير محرم بالحج ثم أحرم بالحج فيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رواية لا يجوز أداء العصر في وقت الظهر إلا أن يكون محرما عند الظهر والعصر جميعا وفي رواية يجوز أداء العصر في وقت الظهر إلا أن يكون محرما عند أداء العصر وهو قولهما وعلى هذا قالوا ينبغي أن يكون محرما بالحج عند أداء الصلاتين حتى لو كان محرما بالعمرة عند أداء الظهر ومحرما بالحج عند أداء العصر لا يجوز له أن يجمع لأن إحرام العمرة لا أثر له في جواز الجمع بين الصلاتين فكان **وجوده كعدمه** ولو صلى الظهر وحده لا يصلي العصر مع." (١)

" حين الزنا لا من حين الاستبراء وكان قد استبرأها قبله بحيضة لحصول اليقين أو الظن حينئذ بأنه ليس منه فلو لم ير ما يبيح قذفها لم يجز النفي وهذا ما صححه في أصل الروضة ونقله عن قطع العراقيين لكن صحح في المنهاج كأصله والشرح الصغير إباحته بالاستبراء لأنه أمارة ظاهرة على أنه ليس منه لكن الأولى أن لا ينفيه لأن الحامل قد ترى الدم ولم يرجح في الكبير شيئا وإنما اعتبرت المدة من حين الزنا لا من حين الاستبراء لأنه مستند للعان فإذا ولدته لدون ستة أشهر منه ولأكثر منها من الاستبراء تبينا أنه ليس من ذلك الزنا فيصير **وجوده كعدمه** فلا يجوز النفي رعاية للفراش وكذا لو لم يستبرئها كما يعلم مما يأتي أيضا للخبر السابق ولا عبرة بريبة يجدها في نفسه أو شبهة تخيل إليه فسادا وعطف على كان قوله أو غلب على الظن أنه من الزاني مع احتمال كونه منه بأن كان يعزل عنها أو أشبه الزاني فيلزمه النفي بعد قذفها لما مر وإن لم يغلب على ظنه ذلك بأن ظن أنه منه أو احتمل كونه منه أو من الزنا على السواء بأن لم يستبرئها حرم النفي رعاية للفراش كما مر أيضا لا القذف واللعان لتيقن زناها فجاز ذلك انتقاما منها وهذا قول الإمام قياسا بعد نقله عن العراقيين والقاضي حرمة ذلك وصححها الأصل والمنهاج كأصله لأن اللعان حجة ضرورية إنما يصار إليها لدفع النسب أو قطع النكاح حيث لا ولد خوفا من أن يحدث ولد على الفراش الملطخ وقد حصل الولد هنا فلم تبق فائدة ولأن في إثبات زناها تعييرا للولد وإطلاق الألسنة فيه فلا يحتمل ذلك لغرض الانتقام منها مع إمكان الفرقة بالطلاق

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ١/١٤٤

ويجوز النفي لمن يطأ في الدبر أو غيره مما عدا القبل لأن أمر النسب يتعلق بالوطء الشرعي فلا يثبت بغيره على أن في ثبوته بالإتيان في الدبر اضطرابا قدمته في النكاح لا لمن يعزل عنها في وطئه لأن الماء قد يسبقه إلى الرحم من غير شعوره به ولا يلزمه في جواز النفي والقذف تبيين السبب المجوز للنفي والقذف من رؤية زنا واستبراء ونحوهما لكن يجب عليه باطنا رعاية السبب المجوز لها فرع لو أتت بأبيض وهما أي أبواه أسودان أو عكسه لم يستبح أبوه به النفي له ولو أشبه من تتهم به أمه وانضم إلى ذلك قرينة الزنا لخبر الصحيحين أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن امرأتي ولدت غلاما أسود قال هل لك من إبل قال نعم قال فما ألوانها قال حمر قال هل فيها من أورق قال نعم قال فأنى أتاها ذلك قال عسى أن يكون نزعه عرق قال فلعل هذا نزعه عرق

فصل ينتفي الولد بلا لعان عن زوج لا يمكن وطؤه لأمه كمشرقي تزوج مغربية أي بأن كان هو بالمشرق وهي بالمغرب وإن أتت لستة أشهر من العقد أو من طلق في مجلس العقد للنكاح قياسا على ما لو أتت امرأة الصبي بولد فإن أمكن وطؤه لها لحقه بخلاف النكاح الفاسد فإنه لا يلحقه به إلا بالوطء فلا يلحقه بإمكان الوطء فيه لعدم الإذن له فيه وعطف على لا يمكن قوله أو لا يمكن كونه منه كمولود لدون ستة أشهر من العقد أو له أكثر من أربع سنين بعد غيبة منه عنها يتعذر فيها التلاقي بينهما فينتفي عنه الولد لما مر

الباب الثالث في اللعان وفيه أطراف أربعة الأول في سببه وهو قذف الزوجة أو نفي الولد فيلاعن لدفع حد لزمه بقذفه لها وإن لم يكن نكاح ولا ولد وكذا لدفع تعزير وجب لتكذيبه ظاهرا بأن قذف زوجته غير المحصنة ولم يعلم كذبه ولم يظهر صدقه كقذف صغيرة توطأ ومجنونة لكن لا يلاعن لدفع تعزيره لهما حتى تكملا بالبلوغ والإفاقة وتطالبا به وكقذف أمة وذمية وذلك لأنه إذا لاعن لدفع الأعلى فما دونه أولى وإنما اعتبرت المطالبة بعد الكمال لأنها قبله لا يعتمد عليها ولا يلاعن للدفع لتعزير وجب لتأديب للعلم بكذبه أو ظهور صدقه كقذف صغيرة لا توطأ وإن بلغت وطالبت وكقذف كبيرة ثبت زناها ببينة أو إقراره أو لعان منه مع امتناعها منه أما في الأول فلتيقن كذبه فلا يمكن من الحلف على أنه صادق فيعزر لا للقذف لأنه كاذب فيه قطعا فلم يلحق بها عارا منعا له من الإيذاء والخوض في الباطل

وأما في الثاني فلأن اللعان لإظهار الصدق وهو ظاهر فلا معنى له ولأن التعزير فيه للسب والإيذاء فأشبه التعزير بقذف صغيرة لا توطأ ويعزر فيهما تأديبا لا تكذيبا له والحاصل أن الحد اللازم للزوج يلاعن لدفعه

والتعزير اللازم له نوعان تعزير تكذيب وهو ما شرع في حق القاذف الكاذب ظاهرا كأنه يكذب بما تجرأ عليه فله اللعان لدفعه وتعزير تأديب وهو أن يكون كذبه معلوما أو صدقه ظاهرا فلا لعان فيهما بل يعزر تأديبا

ساقط من أكثر النسخ مع أنه لا حاجة إليه

ويلاعن لنفي ولد المطلقة وولد العافية عن الحد أو التعزير ولو بائنتين لأنه قذفهما في الزوجية وبه حاجة إلى إظهار الصدق والانتقام منهما لتلطيخهما فراشه ثم ما كان من حد

". (١)

" به عدته كما سيأتي فإن كان المولود لاحقا بغيره كأن وطئها غيره بشبهة انقضت عدة الشبهة بوضعه ثم تعتد للزوج وإن كان من زنا وهي ذات أشهر انقضت بالأشهر على الحمل أو ذات أقراء اعتدت بها على الحمل أيضا إذ **وجوده كعدمه** وعليه لو زنت في العدة وحملت من الزنا لم تنقطع العدة والحمل المجهول حاله يحسب زنا أي يحمل على أنه منه فلا تعتد بوضعه وما قاله نقله الأصل عن الروياني وأقره وقال الإمام يحمل على أنه من وطء شبهة تحسينا للظن وبه جزم صاحب التعجيز لكن القفال أفتى بالأول وجزم به صاحب الأنوار فقال حمل على أنه من الزنا ولا حد قد يجمع بينهما بحمل الأول على أنه كالزنا في أنه لا تنقضي به العدة كما تقرر والثاني على أنه من وطء شبهة تجنبا عن تحمل الإثم بقرينة آخر كلام قائله

فرع يجوز نكاح الحامل من الزنا وكذا وطؤها كالحائل إذ لا حرمة له فرع تنقضي العدة بانفصال الحمل حيا أو ميتا لإطلاق الآية وبمضغة ولو شهد أي أخبر بتصورها أربع من النساء وكذا لو أخبرن بأنها أصل آدمي ولم يداخلهن في إخبارهن شك لحصول براءة الرحم فإن داخلهن شك في أنها أصل آدمي أو لا لم تنقض بها العدة لا علقة لأنها لا تسمى حملا ولا يعلم أنها أصل له والقول قولها بيمينها في أنها أسقطت ما تنقضي به العدة فيما لو ادعت ذلك وأنكره وضاع السقط لأنها مؤتمنة في العدة ولأنها مصدقة في أصل السقط فكذا في صفته

فصل لو انقضت عدتها بالأقراء أو بالأشهر كما صرح به الأصل وهي مرتابة بالحمل لثقل وحركة تجدهما حرم نكاحها على آخر حتى تزول الريبة لأن العدة قد لزمتها بيقين فلا تخرج عنها إلا بيقين كما لو شك هل صلى ثلاثا أو أربعا فإن نكحت فالنكاح باطل للتردد في انقضائها كما صرح به الأصل والمراد

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣/٣٧٧

باطل ظاهرا فلو بان عدم الحمل فالقياس الصحة كما لو باع مال أبيه ظانا حياته فبان موته كما نبه عليه الإسنوي وإن انقضت ثم ارتابت كره نكاحها تبع فيه صاحب التنبيه والذي في الأصل أنه خلاف الأولى وذلك لخبر دع ما يريبك إلى ما لا يريبك فإن تزوجت صح لأنا حكمنا بانقضاء العدة ظاهرا فلا نبطله بالشك لكن إن أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت النكاح بان بطلانه ولحق بالأول بخلاف ما إذا أتت به لستة أشهر فأكثر فيلحق بالثاني

فصل أكثر مدة الحمل أربع سنين بالاستقراء ولأن عمر رضي الله عنه قال في امرأة المفقود تتربص أربع سنين ثم تعتد بعد ذلك قال الرافعي وسبب التقدير بالأربع أنها نهاية مدة الحمل فإن طلقها بائنا وكذا رجعيا أو فسخ نكاحها ولو بلعان ولم ينف الحمل فولدت لأربع سنين فأقل من وقت إمكان العلوق قبيل الطلاق أو الفسخ لحقه وبان أن العدة لم تنقض إن لم تنكح المرأة آخر أو نكحت ولم يمكن كون الولد من الثاني لقيام الإمكان سواء أقرت بانقضاء عدتها قبل ولادتها أم لا لأن النسب حق الولد فلا ينقطع بإقرارها وإن أتته به لستة أشهر من الإقرار ويفارق ما لو استبرأ أمته بعد وطئه لها فأتت بولد بعد الاستبراء لستة أشهر فأكثر حيث لا يلحقه بأن فراش النكاح أقوى وأسرع ثبوتا لأن النسب يثبت فيه بمجرد الإمكان بخلافه في الأمة لا يثبت إلا بالإقرار بالوطء

ولزمته النفقة والسكنى لها إلى وقت الولادة وإن ولدته لأكثر من أربع سنين انتفى عنه بلا لعان لعدم إمكان كونه منه لكن إن ادعت أنه حصل تجديد فراش يرجعه أو نكاح أو وطء شبهة كما صرح به الأصل فأنكره أو اعترف به وأنكر الولادة فالقول قوله بيمينه لأن الأصل عدم التجديد والولادة فإن أقامت بينة بما ادعته أو

". (١)

"قوله (من حيث هي) أي باعتبار ذاتها بقطع النظر عن كونها ماء سماء ونحوه قوله (على خمسة أقسام) من حيث الأوصاف كما أشار إليه بقوله لكل منها وصف الخ وليس التقسيم للحقيقة قوله (طاهر) أي في نفسه مطهر لغيره حدثا وخبثا قوله (غير مكروه) أي استعماله قوله (الذي لم يخالطه الخ) فهو الباقي على أوصاف خلقته الأصلية (فائدة) يجوز الوضوء والغسل بماء زمزم عندنا من غير كراهة بل ثوابه أكثر وفصل صاحب لباب المناسك آخر الكتاب فقال يجوز الاغتسال والتوضوء بماء زمزم إن كان على

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣/٣٩٣

طهارة للتبرك فلا ينبغي أن يغتسل به جنب ولا محدث ولا في مكان نجس ولا يستنجي به ولا يزال به نجاسة حقيقية وعن بعض العلماء تحريم ذلك وقيل إن بعض الناس استنجى به فحصل له باسور اه قوله (تنزيها على الأصح) هو ما ذهب إليه الكرخي معللا بعدم تحاميها النجاسة وعلل الطحاوي الكراهة بحرمة لحمها وهذا يقتضي التحريم ثم الكراهة إنما هي عند وجود المطلق غيره وإلا فلا كراهة أصلا كما في غاية البيان والتبيين قوله (حيوان مثل الهرة) الأولى إبقاء المصنف على حاله كما فعل في كبيره لأن لفظ مثل يغني عنه لفظ ونحوها الآتي في المتن قوله (نجس) أي اتفاقا لما ورد السنور سبع فإن المراد به البري قوله (ونحوها) مبتدأ خبره قوله الدجاجة فغير إعراب متنه قوله (الدجاجة) وكل ما له دم سائل وأما ما ليس له دم سائل فلا كراهة في استعمال ما ماتت فيه فضلا عن سؤرها واعلم أن الكراهة في سؤر الهرة قول الإمام ومحمد وقال أبو يوسف لا كراهة فيه لحديث الإصغاء قوله وإصغاء النبي صلى الله عليه وسلم الإناء) أي إمالته قال في القاموس واصغي استمع وإليه مال سمعه والإناء أماله قوله (كان حال علمه الخ) أي بوحي أو كشف فلو زال التوهم في حقنا فلا كراهة في سؤرها لأن الكراهة ما ثبتت إلا من ذلك التوهم فتسقط بسقوطه قال في الفتح فعلى هذا لا ينبغي إطلاق كراهة أكل أو شرب فضلها والصلاة إذا لحست عضوا قبل غسله كما أطلقه شمس الأئمة وغيره بل يقيد بثبوت ذلك التوهم فأما لو كان زائلا كما قلنا فلا كراهة اه قوله (إذ ذاك) أي وقت الإصغاء قوله وسيأتي تقديره) ظاهر المذهب أنه ما يعده الناظر قليلا قوله (وهو ما استعمل في الجسد الخ) ظاهره إنه إذا غسل عضوا من جسده لغير جنابة ونجاسة يكون مستعملا والأصح أنه لا يكون مستعملا لعدم إسقاط الفرض كما في البحر قوله (لرفع حدث) وإن لم ينو بذلك قربة كوضوء المحدث بلا نية إجماعا على الصحيح ولم يذكر المصنف ما استعمل لإسقاط فرض بأن غسل بعض أعضاء وضوئه فإنه يصير مستعملا لسقوط الفرض اتفاقا وإن لم يزل به حدث عضوه لما عرف أنه لا يتجزأ وإلا وثبوتا ولا تلازم بين سقوط الفرض وزوال الحدث لأن مفاد السقوط عدم وجوب الإعادة ورفع الحدث موقوف على التمام قوله (لقربة) هي فعل ما يثاب عليه ولا ثواب إلا بالنية بإنه قيل المتوضيء ليس على أعضائه نجاسة لا حقيقة ولا حكما فكيف يصير الماء مستعملا بنية القربة قلت لما عمل في تحصيل النور كالمرة الأولى أوجب ذلك تغير وصفه وإلا كان **وجوده كعدمه** قوله (تقربا ليصير عبادة) أما إذا توضأ في مجلس آخر ولم ينو القربة كان إسرافا فلا يعد به الماء مستعملا قوله (فإن كان في مجلس واحد) أي ولم يؤد بالأول عبادة شرع التطهير لها وإلا فلا يكره قوله (كره) أي ولو نوى القربة ويكون إسرافا والإسراف حرام ولو على

(١) ".

" القدرة في الحقيقة غير ناقضة إذ ليست بخروج نجس لا حقيقة ولا حكما ولكن انتهت طهورية التراب عندها لأنه لم يجعل طهورا إلا إلى وجود الماء فإذا وجده كان محدثا بالحدث السابق وشرط أن يكون فاضلا عن حاجته لأنه لو لم يفضل عنها فهو مشغول بالحاجة الأصلية وقد تقدم أنه كالمعدوم وكذا يشترط أن يكون كافيا للوضوء لأنه إذا لم يكن كافيا **فوجوده كعدمه** فلا ينقض تيممه إذ لا يجب استعماله ولهذا يجوز التيمم مع وجوده في الابتداء وقال الشافعي لا يشترط بل يلزمه استعماله ويتيمم للباقي لقوله تعالى ! ٢ (٢) ٢ ! وهو نكرة في سياق النفي فتعم الكافي وغيره فصار كما لو وجد ماء يكفي لإزالة بعض النجاسة أو ثوبا يستر بعض عورته وكما يجمع حالة المخمصة بين الذكية والميتة ولنا أن الغسل المأمور به هو المبيح للصلاة وما لا يبيحها فوجوده وعدمه سواء ولأنه إذا لم يفد كان الاشتغال به عبثا وتضييعا للماء في موضع عزته وتضييع المال حرام فصار كما لو وجد المكفر ما يكفي خمسة مساكين أو بعض رقبة فإنه يكفر بالصوم ولا يؤمر بالإطعام ولا بعتق بعض العبد لعدم الفائدة بل أولى لأن هناك يقع تطوعا فيثاب عليه والآية تشهد لنا فإن الله تعالى أمرنا في الوضوء بغسل الأعضاء الثلاثة وفي الغسل من الجنابة بغسل جميع البدن ثم قال ! ٢ (٣) ٢ ! فكان تقديره ماء يستعمل في ذلك ولأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو الكافي للوضوء أو الغسل لا القطرة والقطرتان وقوله فتعم الكافي وغيره قلنا لو تناول غير الكافي لما جاز المصير إلى التيمم معه كما لا يجوز مع الماء الكافي وهذا لأن الله تعالى لم يجز التيمم إلا عند فقد الماء وهذا واجد للماء على زعمه فكيف يجوز له التيمم وبهذا تبين أنه تعالى أمرنا بإحدى الطهارتين على البدل ولم يأمرنا بالجمع بينهما ومن جمع بينهما فقد جمع بين الأصل والبدل فصار مخالفا للنص واعتباره بالنجاسة الحقيقية فاسد لأنها تتجزأ والحدث لا يتجزأ ولأن قليلها عفو بخلاف الحدث وكذا ستر العورة ولا فرق عندنا بين أن نرى الماء في الصلاة أو خارجها وقال الشافعي لا ينقض إذا وجده وهو في الصلاة والحجة عليه قوله تعالى ! ٢ (٤) ٢ ! وهذا واجد للماء وقوله عليه السلام فإذا وجدت الماء فأمسه جلدك

---

(١) حاشية على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص/١٦

(٢) فلم تجدوا ماء فتيمموا

(٣) فلم تجدوا ماء فتيمموا

(٤) فلم تجدوا ماء

أمرنا باستعمال الماء عند وجوده مطلقا فدل على بطلان تيممه ولأن التراب لم يجعل طهورا إلا عند عدم الماء فيبطل بوجوده ولأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فبطل حكم البدل كالمعتدة بالأشهر إذا حاضت في عدتها ولو كان في النفل فرآه يجب عليه القضاء احتياطا وكذا لا فرق عند أبي حنيفة بين أن يراه قبل أن يقعد قدر التشهد أو بعده وتأتي مع أخواتها في موضعها إن شاء الله تعالى قال رحمه الله (فهي تمنع التيمم وترفعه) أي القدرة على الماء تمنع جواز التيمم ابتداء وترفعه بعدما تيمم وقد مر الوجه وهذا تكرار محض لأنه لما عد الأعذار علم أنه لا يجوز مع القدرة ولما قال وقدرة ماء علم أنه ترفعه القدرة ولا يبقى إلا في موضع يجوز ابتداء فلا فائدة لذكره ثانيا ولا يليق بمثل هذا المختصر قال (وراجي الماء يؤخر الصلاة)

". (١)

" صلاتهم منفردين لأنهم التزموا الموافقة في الركعتين فينفردون في الباقي كالمسبوق إلا أنهم لا يقرءون في الأصح لأنهم أدركوا مع الإمام أول صلاته وفرض القراءة قد تأدى بخلاف المسبوق قال رحمه الله (ويبطل الوطن الأصلي بمثله لا السفر ووطن الإقامة بمثله والسفر والأصلي) اعلم أن الأوطان ثلاثة وطن أصلي وهو مولد الإنسان أو البلدة التي تأهل فيها ووطن إقامة وهو الموضع الذي ينوي المسافر أن يقيم فيه خمسة عشر يوما فصاعدا ووطن سكنى وهو المكان الذي ينوي أن يقيم فيه أقل من خمسة عشر يوما ولم يذكر المحققون من أصحابنا هذا الوطن قالوا لأنه لا فائدة فيه لأنه يبقى فيه مسافرا على حاله فصار وجوده كعدمه ولهذا لم يذكره صاحب الكتاب وعامتهم على أنه يفيد ونحن نذكر فائدته من قريب إن شاء الله تعالى وكل واحد من هذه الأوطان يبطل بمثله وبما هو فوقه ولا يبطل بما دونه لأن الشيء ينتقض بمثله وبما هو أقوى منه لا بما دونه وقوله ويبطل الوطن الأصلي بمثله أي بالوطن الأصلي لما ذكرنا ولهذا عد النبي صلى الله عليه وسلم نفسه بمكة مسافرا حيث قال فإنا قوم سفر هذا إذا انتقل عن الأول بأهله وأما إذا لم ينتقل بأهله ولكنه استحدث أهلا ببلدة أخرى فلا يبطل وطنه الأول ويتم فيهما وقوله لا السفر فيه حذف أي لا بإنشاء السفر ولا بوطن الإقامة وكلاهما لا يبطل به الأصلي لما ذكرنا وقوله ووطن الإقامة بمثله أي يبطل وطن الإقامة بوطن الإقامة لما مر وقوله والسفر والأصلي أي ويبطل بإنشاء السفر وبالوطن الأصلي لأن السفر ضد الإقامة فلا يبقى معه والوطن الأصلي فوقه وفائدة هذه الأوطان أن يتم صلاته فيها

(١) تبيين الحقائق، ١/٤١

إذا أدخلها وهو مسافر قبل أن تبطل وتتصور تلك الفائدة في وطن السكنى أيضا في رجل خرج من مصره إلى قرية لحاجة ولم يقصد السفر ونوى أن يقيم فيها أقل من خمسة عشر يوما فإنه يتم فيها لأنه مقيم ثم خرج من القرية لا للسفر ثم بدا له أن يسافر قبل أن يدخل مصره وقبل أن يقيم ليلة في موضع آخر فسافر فإنه يقصر ولو مر بتلك القرية ودخلها أتم لأنه لم يوجد ما يبطله

". [1]

" أن يصلح للأبد ولأن في إسناده موسى بن مسلم وهو ضعيف وأما قوله صلى الله عليه وسلم ملكتكها بما معك من القرآن فما فيه دلالة على أن القرآن جعله مهرا ولهذا لم يشترط أن يعلمها وإنما قال بما معك أي بسبب ما معك من القرآن لحديث أم سليم وفيه فكان صداق ما بينهما الإسلام وهو لا يصلح صداقا بالإجماع وفي الغاية لو لم يكن للصداق حد لكان الدانق والحبة والفلس صداقا للبضع فيكون دون مهر البغي ومهر البغي منهي عنه في الصحيح وهذا الكلام إنما يستقيم أن لو كان النهي عن مهر البغي لقلته وليس كذلك وإنما نهى عنه لحرمته فلا يستقيم وذكر في الغاية أيضا إذا كانت الحبة تصلح أن تكون مهرا فلا معنى لاشتراط عدم طول الحرة لجواز نكاح الأمة إذ كل من يقدر على الحرة يقدر على الأمة وهذا أيضا غير جيد لأن كلامهم في الجواز أي هل يصلح أن يكون ذلك القدر المسمى في النكاح إذا رضيت المرأة بذلك أم لا وليس كل امهم أن مهرها لا يزيد على ذلك بل المرأة قد لا ترضى أن تتزوج على أقل من مهر المثل غالبا وهو العادة ومهر مثل الحرة أكثر من مهر مثل الأمة فلا يلزمهم ما قال وما يقطع شغبهم أن يقول إن المهر شرط في النكاح ولم يشرع بدونه إظهارا لشرف المحل وخطره ولو صلح الفلس وأمثاله مما ليس بخطير مهرا لم يظهر خطره ولجاز بدون المهر إذ ذلك القدر **وجوده كعدمه** وقول الظاهرية في هذا أفسد لأن حبة حنطة أو شعير لا يعدها أحد مالا ولهذا لو سقطت لا يأخذها والله تعالى شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله عز وجل ! ٢ [2] ٢ ! ولم يشرعه بدون المال قال رحمه الله (فإن سماها أو دونها) أي فإن سمى العشرة أو دون العشرة (فلها عشرة بالوطء أو الموت) فأما إذا سمى عشرة فلأنه سمى ما يصلح مهرا فيتأكد بالدخول لتحقق تسليم البدل به وكذا بالموت لأنه ينتهي به النكاح نهايته لأنه يعقد للأبد وقد تحقق بموت أحدهما والشيء بانتهائه يتقرر بجميع مواجبه وأما إذا سمى ما دون العشرة فلأنها قد رضيت

---

(١) تبيين الحقائق، ١/٢١٤

(٢) وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم

بالعشرة لرضاها بما دونها فيتأكد بهما على ما مر وقال زفر يجب مهر المثل لأن المسمى لا يصلح مهرا فصار كعدمه قلنا فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فلا معنى للزيادة ولأن العشرة لا تتجزأ حقا للشرع وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله كالطلاق والعفو عن القصاص وإسقاط الشفعة بخلاف ما إذا لم يسم شيئا أو سمى ما ليس بمال حيث يجب فيه مهر المثل لعدم رضاها بالقليل ثم المصنف رحمه الله ذكر الوطء والموت حيث يجب جميع المسمى ولم يذكر الخلوة وهي كالوطء عندنا لأنه ذكره فيما بعد مفردا بشروطه فلقصده ذلك تركه في هذا الموضع وكذا ذكر فيما إذا سمى عشرة وما دونها ولم يذكر فيما إذا سمى أكثر منه لأن حكمه ظاهر يعرف بمعرفة العشرة قال رحمه الله (وبالطلاق قبل الدخول يتنصف) و ا لمراد قبل الدخول والخلوة وإنما تركها لما قلنا وإنما يتنصف لقوله تعالى ^ (وإن طلقتموهن من قبل

". (١)

" الدية بالصلح ينظر فيه الإمام فأيهما رأى أصلح فعل ولا يجوز العفو مجانا لأن تصرفه مقيد بالنظر فلا يجوز له إبطال حق المسلمين بغير عوض وكذا لو كان المقتول لقيطا للإمام أن يقتل القاتل عندهما خلافا لأبي يوسف هو يقول المولود في دار الإسلام لا يخلو عن الوارث غالبا وهو كالمتحقق أو يحتمل ذلك فكان فيه احتمال عدم الولاية للإمام فكان فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة ولهما أن الحق إنما يثبت للولي بطريق قيامه مقام الميت نظرا للميت والمجهول الذي لا يمكن الوصول إليه لا ينتفع به الميت فلا يصلح وليا فصار **وجوده كعدمه** فتنتقل الولاية إلى السلطان أو إلى العامة كما في الإرث ولا يقال تردد من له الحق يوجب سقوط القصاص كالمكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث غير المولى لأنا نقول السلطان هنا نائب عن العامة فصار الولي واحدا بخلاف مسألة المكاتب والله أعلم (باب العشر والخراج والجزية) قال رحمه ا لله (أرض العرب وما أسلم أهله أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية) أما أرض العرب فلأنه عليه الصلاة والسلام والخلفاء من بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أرضهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لأن الخراج من شرطه أن يقر أهلها عليها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف لقول عائشة رضي الله عنها ﴿ آخر ما عهد إلينا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قال لا يترك بجزيرة العرب دينان ﴾ رواه أحمد وحدها طولا ما وراء ريف

---

(١) تبيين الحقائق، ١٣٨/٢

العراق إلى أقصى صخر باليمن وعرضا من جدة وما والاها من الساحل إلى حد الشام ، وأما ما أسلم أهله عليه أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين فلأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لأن فيه معنى العبادة حتى يصرف مصارف الصدقات ويشترط فيه النية وأرفق لأنه أخف من الخراج لتعلقه بحقيقة الخارج بخلاف الخراج قال رحمه الله (والسواد وما فتح عنوة وأقر أهلها عليه أو فتح صلحا خراجية) لأن عمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع عليهم الخراج بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام ولأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به لما فيه من معنى العقوبة والتغليظ حتى يجب عليه بالتمكن من الزراعة ولا يشترط فيه حقيقة الإخراج وهو أكثر من العشر أيضا وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر لأن العشر والخراج معلقان بالأرض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج والمراد بالأنهار الأنهار التي احتفرتها الأعاجم كنهر يزدجرد فتكون المسألة إجماعية لأن الأنهار العظام كسيحون وجيحون فيها خلاف أبي يوسف ومحمد وقد ذكرناه في الزكاة وكذا مراده في

" (١).

" لا يسعه أن يشهد لاحتمال أن يكون غيره إذ النغمة تشبه النغمة إلا إذا كان في الداخل وحده وعلم الشاهد أنه ليس فيه غيره ثم جلس على الملك وليس له ملك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه لأنه يحصل به العلم وينبغي للقاضي إذا فسر له أن لا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير ألا ترى أن الشهادة بالتسامع تجوز في أشياء ثم عند التفسير لا تقبل وقالوا : إذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز أن يشهد عليها إلا إذا كان يرى شخصها وقت الإقرار . قال رحمه الله (ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) لأن الشهادة لا يثبت حكمها بنفسه ولا تصير حجة إلا بالنقل إلى مجلس القضاء ولهذا تعتبر عدالة الأصول فلا يكون لغيره أن يجعل كلامه حجة إلا بأمره فلا يسعه أن يشهد على شهادته إلا بالتحميل ، وكذا إذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسع السامع أن يشهد على شهادته لأنه لم يحمله ، وإنما حمل غيره فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل حيث لا يجوز للسامع أن يتصرف ما لم يوكله لأن الموكل لم يرض برأيه قال رحمه الله (ولا يعمل شاهد وقاض وراو

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٧١/٣

بالخط إن لم يتذكروا) أي لا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر الشهادة ولا للقاضي إذا وجد في ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ أنهم شهدوا بذلك أو قضية قضاها أن يحكم بتلك الشهادة ولا أن يمضي تلك القضية ولا للراوي إذا وجد مكتوبا بخطه أو بخط غيره وهو معروف أنه قرأ على فلان ونحوه أن يروي حتى يتذكر الشهادة أو القضية أو الرواية وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله ووجهه قوله تعالى ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ إذا علمت مثل الشمس فاشهد ﴾ شرط أن يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولأن الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال أنه مزور . وهذا لأن فائدة الكتاب أن يتذكر إذا نظر فيه ، فإذا لم يفد للقلب التذكر صار **وجوده كعدمه** ، وقال محمد رحمه الله : يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب إن تيقن به ، وإن لم يتذكر الواقعة توسعة للأمر على الناس وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للراوي أن يعمل به لدلالة الظاهر وكذا للقاضي أن يحكم بالشهادة وأن يمضي القضاء بذلك وليس للشاهد أن يشهد برؤية خطه ما لم يتذكر الشهادة لأن القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتف بما يجده في قمطره لتعطل أحوال الناس ولأن سجله في قمطره وهو في يده تحت ختمه فيؤمن من التبديل ، والتزوير وكتابة الرواة تكون في أيديهم فيؤمن التزوير أيضا بخلاف كتابة الشهادة لأن

". (١)

" فيه خفاء وكذا في الشهادة ، وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (فإن صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) أي عن الدعوى لينكشف له وجه القضاء إن ثبت حقه لأن القضاء بالبينة يخالف القضاء بالإقرار وهذا لأن الإقرار حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه إلى القضاء ، وإطلاق اسم القضاء فيه مجاز ، وإنما هو أمر بالخروج عما لزمه بالإقرار بخلاف البينة ، فإنها ليست بحجة إلا إذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال الكذب بالقضاء في حق العمل فيصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية قال رحمه الله (فإن أقر أو أنكر فبرهن المدعي قضي عليه) لوجود الحجة الملزمة للقضاء قال رحمه الله (وإلا حلف بطلبه) أي وإن لم يكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه لأنه عليه الصلاة والسلام قال للمدعي ألك بينة قال لا فقال عليه الصلاة والسلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال عليه الصلاة والسلام ليس لك إلا هذا شاهد لك أو يمينه فصار اليمين حقا له لإضافته إليه فاللام التمليك ، وإنما صار

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٢١٤

حقا له لأن المنكر قصد إتواء حقه على زعمه بالإنكار فمكنه الشارع من إتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس إن كان كاذبا كما يزعم وهو أعظم من إتواء المال وألا يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم قال رحمه الله (ولا ترد يمين على مدع) لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ لو أعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه ﴾ رواه مسلم وأحمد جعل جنس اليمين على المنكر لأن الألف واللام للاستغراق وليس وراءه شيء آخر حتى يكون على المدعي ، ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام : ﴿ الأئمة من قريش ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ البينة على المدعي واليمين على من أنكر ﴾ قسم بينهما والقسمة تنافي الشركة وفيه الألف واللام أيضا تدل على ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين ولهذا لا تقبل بينة ذي اليد ولا يقال : إنما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم أن لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعي وليس كذلك بل كل واحد منهما مدع ومنكر لأنه يقول هو لي ويقول لصاحبه هو ليس لك لأنا نقول المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج إثبات الملك لنفسه ، والنفي يدخل ضمنا وتبعا ومقصود ذي اليد نفيه ولهذا يقول الخارج أول ما ينطق هو لي ويقول ذو اليد ليس لك فالأول هو المعتبر فسمي كل واحد منهما بأول ما يصدر منهما اعتبارا للقصدي دون الضمني وقال الشافعي رحمه الله إذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه ، فإذا نكل ترد اليمين على المدعي ، فإن حلف قضي له ، وإن نكل لا يقضى له لأن الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فتعتبر يمينه كالمدعى عليه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه ، وقال أيضا إذا أقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له لما روي أنه عليه الصلاة والسلام ﴿ قضى بشاهد ويمين ﴾ يروى أنه عليه الصلاة والسلام ﴿ قضى باليمين مع الشاهد ﴾ ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما روينا ولأنه يرويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلا أن يكون معارضا للمشاهير ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم أنه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعي بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر **فوجوده كعدمه** فيرجع إلى يمين المنكر عملا بالمشاهير قال رحمه الله (ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أحق) أي لا تقبل بينة ذي اليد في الملك

". (١)

" شروط المعاوضة ، وإنما كان تعجيل المؤجل كالوصف لأن المعجل خير من المؤجل ولهذا ينقص الثمن لأجله فيكون الحط بمقابلة الأجل فيكون ربا فلا يجوز إلا إذا صالح المولى مكاتبه عن ألف مؤجلة على خمسمائة حالة فإنه يجوز لأن معنى الإرفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الأجل ببعض المال ولكنه إرفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب إليه في الشرع ومساهلة من المكاتب فيما بقي قبل حلول الأجل ليتوصل به إلى شرف الحرية وهو أيضا مندوب إليه في الشرع . قال رحمه الله (ومن له على آخر ألف فقال أد غدا نصفه على أنك بريء من الفضل ففعل برئ ، وإلا لا) أي إن لم يؤد غدا النصف وهو خمسمائة لا يبرأ ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يبرأ ، وإن لم يؤد ولا تعود إليه خمس المائة الساقطة أبدا لأن اشتراط الأداء ضائع لأن النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه هو فيه إذ المال عليه حال فبطل التعليق وصار إبراء مطلقا وهذا لأنه جعل أداء خمس المائة عوضا لأن كلمة على للمعاوضة والأداء لا يصلح عوضا لأنه واجب عليه قبل الصلح وهو لم يذكر للإبراء عوضا سواه والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد شيئا فصار **وجوده كعدمه** فحصل الإبراء مطلقا كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني خمسمائة غدا بخلاف ما إذا قال فإن لم تنقد غدا فلا صلح بيننا لأنه مقيد وهو تعليق الفسخ بعدم النقد فإنه بمنزلة خيار الشرط ولهذا جاز في البيع أيضا على ما مر ذكره ولهما أن كلمة على تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فتحمل عليه عند تعذر حملها على المعاوضة لما ذكر تصحيحا لتصرفه فإذا كان للشرط جاز تقييد الإبراء به لأنه يحتمل التقييد به ، وإن لم يحتمل التعليق به كما في الحوالة فإن الأصيل يبرأ بقيد على صفة وهو سلامة العوض له من المحال عليه فصار كما إذا أبرأه عن البعض بشرط أن يعطيه كفيلا بالباقي أو رهنا فإذا احتمل ذلك وجب حمله عليه لأن للناس غرضا فيه حذار إفلاسه أو توسلا إلى تجارة أربح منه بخلاف ما إذا قدم الإبراء لأنه برئ بالبداءة فلا يعود الدين

". (٢)

(١) تبيين الحقائق، ٢٩٤/٤

(٢) تبيين الحقائق، ٤٣/٥

" بلا تسمية المهر ومع نفيه فكذا إذا سمى مالا لا يصلح مهرا لأن **وجوده كعدمه** وأما إذا كاتبه على قيمة نفسه فلأنها مجهولة القدر إذ هي تختلف باختلاف المقومين ، وكذا جنسها مجهول لأن القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين واحد منهما ففسد لتفاحش الجهالة كما إذا كاتبه على ثوب أو دابة لأن الثوب والدابة أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة أصلا حتى في النكاح ولأن موجب الكتابة الفاسدة القيمة فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا ، ولا يقال لو كاتبه على عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط أو قيمته حتى لو أتى بقيمته يجبر المولى على قبولها ، ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك لأنا نقول القيمة في مسألة الكتاب لو وجبت لوجبت قصدا وهي مجهولة فلا يمكن إيجابها قصدا وفيما إذا كاتبه على عبد تجب حكما لا قصدا وكم من شيء يثبت حكما لغيره وإن كان لا يثبت قصدا . ألا ترى أن الأضحية بالعجل لا تجوز وتجوز تبعا لأمه ، وكذا بيع الجنين لا يجوز ويجوز تبعا لأمه ، وأما إذا كاتبه على عين لغيره فلأنه لا قدرة له على تسليمه والمراد به شيء يتعين بالتعيين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين حتى لو كاتبه على دراهم أو دنانير بعينها وهي لغيره تجوز الكتابة لأن النقود لا تتعين بالتعيين في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوخها ، وإنما يجب مثلها في الذمة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الكتابة على عين الغير جائزة حتى لو ملكها العبد وسلمها إلى المولى عتق ، وإن عجز رد في الرق لأن المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم موهومة فصار كالمهر . وجه ظاهر الرواية أن العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد فلا تصح تسميته بخلاف ما إذا كان البدل غير عين لأنه معقود به فلا تشترط القدرة عليه ، ولهذا جوزنا الكتابة الحالة وبخلاف النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع ليس بشرط حتى لو تزوج صغيرة رضيعة جاز فعلى ما هو تابع فيه وهو الصداق أولى أن لا يشترط فيه القدرة ، ولهذا جاز مع نفي الصداق أيضا ولأن الكتابة شرعت على وجه يختص المكاتب بمكاسبه فيثبت له حرية اليد في الحال وتتراخى حرية الرقبة إلى وقت الأداء فلو جاز هذا لثبتت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون إعتاقا ببدل ولا يكون كتابة لأن الكتابة شرعت لإثبات الحريتين على التعاقب ، فإذا لم يحصلا لم تنعقد أصلا لأن كل عقد لا يحصل فيه مقصوده لا ينعقد ولأنها لو جازت هذه الكتابة لكان الأداء من مال المولى إذ الإجارة تستند إلى العقد فتصير العين من أكسابه وقت العقد ، وكسبه وقت العقد ملك له فكانت الكتابة على مال المولى لا من كسب العبد بعد العقد فلا يجوز ، وإنما قلنا ذلك العبد

يصير مستقرضا للعين من وقت العقد فيدخل في ملك المولى ضرورة ، ولو أجاز صاحب العين ذلك روي عن محمد رحمه الله أنه يجوز لأنه لو اشترى به شيئا يجوز بالإجارة مع أنه مبني على المماكسة ، فالكتابة أولى أن تجوز لكونها مبنية على المسامحة والمساهلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز لأنه لا يفيد للمكاتب ملك كسبه وهو المقصود بالكتابة لأنها تثبت لحاجة إلى الأداء من المكاسب ولا حاجة إذا كان البدل عينا لأنه ينعدم به مقصود الكتابة على ما بينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم العين وعند عدم الإجازة يجب عليه تسليم قيمة العين كما في النكاح وروى أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن ملك ذلك العين فأدى لم يعتق إلا أن يكون المولى قال له إذا أديت إلي تلك العين فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قول زفر كذلك وهي رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله وروى صاحب الإملاء عن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بالأداء قال له المولى ذلك أو لم يقل لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما ، وقد وجد الأداء

". (١)

" على الأداء فيرجعون عليهم به وفي الولاء حين عقل قوم الأم كان ثابتا لهم وإنما يثبت لقوم الأب مقتصرا على زمان الإعتاق لأن سببه وهو العتق مقتصر عليه فلا يرجعون به . قال رحمه الله (عجمي تزوج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وإن كان له ولاء الموالاة) أي وإن كان للأب ولاء المعاقدة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : حكم الولد حكم أبيه في الوجهين أي فيما إذا والى أحدا أو لم يوال ، ولا يكون ولاء الولد لموالي الأم لأنه كالنسب والنسب إلى الأب وإن كانت الأم أشرف لكونه أقوى فكذا الولاء وهذا لأن الأب حر له عشيرة وموال فكيف ينسب إلى أمه بخلاف ما إذا كان الأب عبدا لأنه هالك فينسب إلى قوم أمه حتى يعتق للتعذر فصار كمن لا أب له وكما إذا تزوج عجمي بعربية فولدت له ولدا فإنه ينسب إلى قوم أبيه دون قوم أمه فكذا إذا كانت معتقة إذ لا فرق بين كونها عربية أو معتقة وكعربي تزوج معتقة فإن ولده منها ينسب إلى قومه دونها فكذا العجمي لأنه كالعربي في حرية الأصل . ولهما أن ولاء العتاقة معتبر لقوته في نفسه حتى اعتبرت الكفاءة فيه وقال عليه الصلاة والسلام ﴿ مولى القوم منهم ﴾ والنسب في حق العجم ضعيف لأنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لا تعتبر الكفاءة

---

(١) تبيين الحقائق، ١٥٣/٥

فيه فيما بينهم إذ لا يفتخرون به أصلا وإنما افتخار هم قبل الإسلام بعمارة الدنيا وبعده بالدين وإليه أشار سيدنا سلمان الفارسي رضي الله عنه حين قيل له سلمان ابن من قال سلمان ابن الإسلام ، فإذا ثبت هذا الضعف في جانب الأب كان **وجوده كعدمه** كالعبد ، وكذا إن كان للأب مولى موالاة لأن ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة فصار **وجوده كعدمه** وكذا حريتهم ضعيفة ، ألا ترى أنها تحتمل الإبطال بالاسترقاق بخلاف العربي فإن له نسبا معتبرا وحرية ثابتة فامتنع به نسبة الولد إلى معتق الأم وبخلاف ما إذا تزوج العجمي عربية لأن أولاده منها لو نسبوا إلى قوم أمهم لنسبوا إليهم بالنسب والنسب بالنسبة إلى الأم ضعيف غير معتبر ألا ترى أنهم لا ينسبون إليهم ولا عصوبة بينهم وأولاد المعتقة ينسبون إلى قوم أمهم وهم عصبتهم . ثم القدوري رحمه الله وضع الخلاف في معتقة العرب ووضعه هنا في مطلق المعتقة وهو الصواب وما ذكره القدوري اتفاقي لأن ولاء العتاقة قوي معتبر شرعا فلا يختلف بين أن يكون المعتق من العرب أو من غيرهم فيجب في الجميع نسبة أولاد المعتقة إلى المعتق ما لم يكن أبوهم عربيا على ما قالوا ، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا مات هذا الولد وترك عمة أو غيرها من ذوي الأرحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبته عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله يكون لذوي الأرحام لأن حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء كما إذا كان الأب عربيا ، وأجمعوا على أنهما لو كانا معتقين أو كان الأب معتقا والأم مولى موالاة أو كان الأب عربيا والأم معتقة كان الولد تبعا للأب وكذا إذا كانا ، عربيين أو عجميين أو كان أحدهما عجميا والآخر عربيا . قال رحمه الله (والمعتق مقدم على ذوي الأرحام مؤخر عن العصبة النسبية) وكذا هو مقدم على الرد على ذوي السهام وهو آخر العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه أخذ علماء الأمصار وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول إنه مؤخر عن ذوي الأرحام لقوله تعالى ﴿ وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ﴾ وقال عليه الصلاة والسلام ﴿ للمعتق في معتقه وإن مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته ﴾ شرط لإرثه أن لا يدع وارثا وذوو الأرحام من جملة الورثة وكذا الرد على ذوي الفروض يستحق بطريق الإرث فوجب تأخيره عن الكل ، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ الولاء لحمة كلحمة النسب ﴾ يدل على ذلك لأنه شبهه به وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يقدم عليه بل يخلفه عند عدمه ولنا ما روينا من حديث بنت حمزة أنه عليه الصلاة والسلام جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها حين مات عنها وعن بنت فهذا هو التعصيب حقيقة فعلم بذلك أن المراد بقوله عليه الصلاة والسلام

." (١)

"فإنما أطعمك الله وسقاك فكان **وجوده كعدمه**.

ولو دخل الذباب حلقه وهو ذاكر لصومه، لا يفسد، لانه مغلوب فيه، فيكون بمعنى الناسي.

وكذلك لو نظر إلى فرج امرأة شهوة فأمنى، أو تفكر، فأمنى، لا يفسد صومه، لانه حصل الانزال لا بصنعه، فلا يكون شبيه الجماع، لا صورة ولا معنى.

وكذلك لو دخل الغبار أو دخل الدخان أو الرائحة في حلقه، لانه لا يمكنه الامتناع عنه، فيكون في معنى الناس.

وكذلك لو بقي بلل بعد المضمضة وابتلعه مع البزاق، أو ابتلع البزاق الذي اجتمع في فيه، لا يفسد صومه، لما قلنا.

ولو بقي بين أسنانه شئ فابتلعه: ذكر في الجامع الصغير وقال: لا يفسد صومه ولم يقدره بشئ.

وعن أبي يوسف أن الصائم إذا كان بين أسنانه لحم، فابتلعه متعمدا، فعليه القضاء، دون الكفارة.

وعن بن أبي مالك ما هو توفيق بين الروايتين، قال: إن كان مقدار الحمصة أو أكثر فإنه يفسد صومه.

ولو أكله متعمدا فعليه القضاء وليس عليه الكفارة، وإن كان أقل من ذلك لا يفسد صومه، لانه لا يمكنه الاحتراز عنه كالريق.

وقال زفر: يلزمه الكفارة، لانه من جنس ما يتعلق به الكفارة، إلا أنه متغير فصار كاللحم المنتن.

والصحيح قولنا إنه لا كفارة عليه، لانه غير مقصود بالاكل فصار." (٢)

"المستأصل أو المستطيل.

قاموس.

والضمير للصيد كما في البدائع.

وذكر في الشرنبلالية أنه لم يبين

كيفية القد في كثير من الكتب، ثم نقل عن الخانية والمبسوط: إن قطعه نصفين طولا أكل.

أقول: الظاهر أن الطول غير قيد هنا، يدل عليه تعليل البدائع بقوله: يؤكل لانه وجد قطع الاوداج لكونها متصلة من القلب بالدماغ فأشبه الذبح، وكذا لو قطع أقل من النصف مما يلي الرأس ا هـ.

---

(١) تبيين الحقائق، ١٧٧/٥

(٢) تحفة الفقهاء، ٣٥٣/١

تأمل.

قوله: (فلم يتناوله الحديث المذكور) لانه ذكر فيه الحي مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكما وهذا حي صورة لا حكما، إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح، ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردي من جبل أو سطح لا يحرم.

وتماهه في الهداية.

أقول: وبهذا سقط اعتراض ابن المصنف على قوله في البزازية: إن كان الصيد يعيش بدون المبان فالمبان لا يؤكل وإن كان لا يعيش بدونه كالرأس يؤكلان ا ه‍.

حيث قال: إن الحديث عام فمن أين للبزازي ما قاله؟ ا ه‍.

قلت: هو مأخوذ من الهداية وصرح به شراحها وغيرهم.

قوله: (بخلاف ما لو كان أكثره مع رأسه) بأن قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ألية أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس، فيحرم المبان ويحل المبان منه.

هداية.

قوله: (ومرتد) ولو غلاما مراهقا عندهما خلافا لمحمد، بناء على صحة ردته عندهما.

بدائع.

قوله: (لان ذكاة الاضطرار الخ) أي وهو من أهل ذكاة الاختيار، فكذا ذكاة الاضطرار.

قوله: (فلم يثخنه) قال في المغرب: أثخنته الجراحات: أوهنته وأضعفته.

وفي التنزيل: * (حتى يثخن في الارض) * (الانفال: ٧٦) أي يكثر فيها القتل.

قوله: (فهو للثاني) لانه هو الآخذ له.

قوله: (وحل) لانه لما لم يخرج بالاول عن حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح: أي موضع كان وقد وجد.

زيلعي.

قوله: (وفيه من الحياة ما يعيش) أي ينجو منه.

أما إذا كان بحال لا يسلم منه، بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح، كما إذا أبان رأسه يحل لان **وجوده كعدمه**، وإن كان بحال لا يعيش منه إلا أن فيه أكثر مما في المذبوح بأن كان يعيش يوما أو دونه، فعند أبي يوسف: لا يحرم بالرمية الثانية إذ لا عبرة بهذه الحياة عنده، وعند محمد: يحرم

لانها معتبرة عنده.

زيلعي ملخصا.

قوله: (لقدرته على ذكاة الاختيار) أي بسبب خروجه عن حيز الامتناع فصار كالرمي إلى الشاة.

أفاده في البدائع.

قوله: (وضمن الثاني للاول قيمته الخ) لانه أتلف صيدا مملوكا للغير، لانه

ملكه بالاثخان فيلزمه قيمة ما أتلف وقيمته وقت إتلافه كان ناقصا بجراحة الاول فيلزمه ذلك.

بيانه أن الرامي الاول إذا رمى صيدا يساوي عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثاني فنقصه درهمين ثم مات يضمن الثاني ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان، لان ذلك تلف بجراحة الاول.

زيلعي.

وفرض المصنف المسألة فيما إذا علم أن القتل حصل بالثاني، فإن علم أنه حصل من الجراحتين أو لا يدري فظاهر الهداية أن الحكم في الضمان يختلف وحقق الزيلعي عدم الفرق، فراجعه.." [(١)]

"الشارح، لان الجلد الملبوس لا يكون إلا كذلك عادة.

قوله: (بحيث يمشي فرسخا) أي فأكثر كما مر، وفاعل يمشي ضمير يعود على الجورب والاسناد إليه مجازي.

أو على اللابس له والعائد محذوف: أي به.

قوله: (بنفسه) أي من غير شد ط.

قوله: (ولا يشف) بتشديد الفاء، من شف الثوب: رق حتى رأيت ما وراءه، من باب ضرب مغرب.

وفي بعض الكتب: ينشف بالنون قبل الشين، من نشف الثوب العرق كسمع ونصر شربه.

قاموس.

والثاني أولى هنا لئلا يتكرر مع قوله تبعا للزيلعي: ولا يرى ما تحته، لكن فسر في الخانية الاول بأن لا يشف الجورب الماء إلى نفسه كالاديم والصرم، وفسر الثاني بأن لا يجاوز الماء إلى القدم، وكأن تفسيره الاول مأخوذ من قولهم اشتف ما في الاناء: شربه كله كما في القاموس، وعليه فلا تكرار، فافهم.

قوله: (إلا أن ينفذ) أي من البلل، وهذا راجع إلى الجرموق لا الجورب، لان العادة في الجورب أن يلبس وحده أو تحت الخف لا فوقه.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٣١/١

قوله: (مسح الخف والموق الباقي) أي يمسح الخف البادي ويعيد المسح على الموق الباقي لانتقاض وظيفتهما كنزع أحد الخفين، لان انتقاض المسح لا يتجزأ.

بحر.

وهذا ظاهر الرواية.

وروى الحسن أنه يمسح على الخف البادي لا غير.

وعن أبي يوسف: ينزع الموق الباقي ويمسح الخفين.

خانية.

قوله: (لم يجز) هذا إذا لم يكن في الموقين خرق مانع، فلو كان قال في المبتغى له المسح على الخف أو على الجرموق لانهما كخف واحد، لكن بحث في الحلية وتبعه في البحر بأنه ينبغي أن لا يجوز إلا على الخف، لما علم أن المنخرق خرقا مانعا **وجوده كعدمه**، فكانت الوظيفة للخف فلا يجوز على غيره، وبه صرح في السراج كما قدمناه.

قوله: (بسكون النون)

أي من باب الافعال من أفعل، لكن صرح في القاموس بمجيئه من باب التفعيل، فقول الصحاح يقال أنعلت خفي ودابتي ولا تقل نعلت: أي بالتخفيف بل يقال بالتشديد، فيكون من باب التفعيل ع‍ى وفق ما في القاموس، وحينئذ فلا منافاة، وقول المغرب أفعل الخف ونعله: أي بالتشديد فلا منافاة أيضا، خلافا لما في النهر، فافهم.

قوله: (ما جعل على أسفله) أي كالنعل للقدم، وهذا ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن ما يكون إلى الكعب.

ابن كمال.

قوله: (والمجلدين) المجلد: ما جعل الجلد على أعلاه وأسفله.

ابن كمال.

تنبيه: ما ذكره المصنف من جوازه على المجلد والمنعل متفق عليه عندنا، أما الثخين فهو قولهما.

وعنه أنه يرجع إليه وعليه الفتوى، كذا في الهداية وأكثر الكتب بحر.

هذا وفي حاشية أخي جلبي على صدر الشريعة أن التقييد بالثخين مخرج لغير الثخين ولو مجلدا، ولم

يتعرض له أحد.

قال: والذي تلخص عندي أنه لا يجوز المسح عليه إذا جلد أسفله فقط أو مع مواضع الاصابع." [١]

"يمر بالكوفة: أتم حتى يرتحل من القادسية استحسانا لانها كانت له وطن السكنى، ولم يظهر له بقصد الحيرة وطن سكنى آخر ما لم يدخلها فيبقى وطنه بالقادسية، ولا ينتقض بهذا الخروج كما لو خرج منهالتشييع جنازة ونحوه ا هـ ملخصا.

أقول: ويمكن أن يوفق بين القولين بأن وطن السكنى إن كان اتخذه بعد تحقق السفر لم يعتبر اتفاقا، وإلا اعتبر اتفاقا، فإذا دخل المسافر بلدة ونوى أن يقيم بها يوما مثلا ثم خرج منها ثم رجع إليها قصر فيها كما كان يقصر قبل خروجه، وعليه يحمل كلام المحققين لقول البحر، إنهم قالوا لا فائدة فيه، لانه يبقى فيه مسافرا على حاله فصار **وجوده كعدمه** ا هـ.

فقولهم: لانه يبقى فيه مسافرا على حاله ظاهر في أنه كان مسافرا قبل اتخاذه وطنا، وما قاله عامة المشايخ محمول على ما إذا اتخذه وطنا قبل سفره كما صوره الزيلعي والامام السرخسي، هذا ما ظهر لي والله أعلم.

قوله: (لانه الاصل) فهو ا‍لمتمكن من الاقامة والسفر.

قوله: (وفاها مهرها المعجل) وإلا فلا تكون تبعا، لان لها أن تحبس نفسها عن الزوج للمعجل دون المؤجل ولا تسكن حيث يسكن.

بحر.

وقلت: وفيه أن هذا شرط لثبوت إخراجها وسفره بها على أحد القولين وكلامنا بعده، ولهذا قال في شرح المنية: والاوجه أنها تبع مطلقا، لانها إذا خرجت معه للسفر لم يبق لها أتتخلف عنه ا هـ.

وقد يجاب: بأنها إذا ثبت لها حبس نفسها عن إخراجها من بلدها لاجل استيفاء معجلها فكذا يثبت لها إذا وصلت إلى بلدة أو قرية فتصح نيته الاقامة بها، لانها حينئذ غير تبع له وإن كانت تبعا له في المفازة.

قوله، (غير مكاتب) قال في البحر: وأطلق في العبد فشمل القن والمدبر وأم الولد، وأما المكاتب فينبغي أن لا يكون تبعا لان له السفر بغير إذن المولى فلا تلزمه طاعته ا هـ.

قوله: (إذا كان يرتزق من الامير أو بيت المال) اقتصر في القنية وغيرها على الاول.

وقال في شرح المنية: وكذا إذا كان رزقه من بيت المال وقد أمره السلطان بالخروج مع الامير فهو تابع له، نعم في الذخيرة أن المتطوع بالجهاد، لا يكون تبعا للوالي وهو ظاهر ا هـ.

---

(١) حاشية رد المحتار، ١/٢٩١

ودخل تحت الجندي الامير مع الخليفة.

بحر عن الخلاصة.

قوله: (وأجير) أي مشاهرة أو مسانهة كما في التاترخانية، أما لو كان مياومة بأن استأجره كل يوم بكذا فإن له فسخها إذا فرغ النهار، فالعبرة لنيته.

قل في البحر: وأما الاعمى مع قائده: فإن كان القائد أجيرا فالعبرة لنية الاعمى، وإن متطوعا تعتبر نيته.

قوله: (وأسير) ذكر في المنتقى أن المسلم إذا أسره العدو إن كان مقصده ثلاثة أيام قصر، وإن لم يعلم سأله، فإن لم يخبره وكان العدو مقيما أتم، وإن كان مسافرا قصر، وينبغي أن يكون هذا إذا تحقق أنه مسافر، وإلا يكون كمن أخذه الظالم لا يقصر إلا بعد السفر ثلاثا، وكذا ينبغي أن يكون حكم كل تابع يسأل متبوعه، فإن أخبر عمل بخبره، وإلا عمل بالاصل الذي كان عليه من إقامة وسفر حتى يتحقق خلافه، وتعذر السؤال بمنزلة السؤال مع عدم الاخبار شرح المنية.

قوله: (وغريم) أي موسر.

قال في البحر عن المحيط: ولو دخل مسافر مصرا فأخذه غريمه وحبسه: فإن كان معسرا قصر لانه لم ينو الاقامة ولا يحل للطالب حبسه، وإن كان موسرا إن عزم أن يقضي دينه أو لم يعزم شيئا قصر، وإن عزم واعتقد أن لا يقضيه أتم ا هـ.

وقوله: إن عزم أن يقضي: أي قبل خمسة عشر يوما كما في." (١)

"بالوجو ب أن حكمه حكم الدين القول اه: أي فتجب عند قبض أربعين درهما.

قوله: (فلا تجب لعدم تحقق الاسامة ط.

قوله: (عند غير معارفه) أي عند الاجانب، فلو عند معرفه تجب الزكاة لتفريطه بالنسيان في غير محله.

بحر.

قوله: (في حرز) كداره أو دار غيره.

بحر.

وقيل إذا كانت الدار عظيمة فلها حكم الصحراء.

إسماعيل عن البرجندي.

قوله: (واختلف في المدفون الخ) فقيل بالوجوب لامكان الوصول، وقيل لا، لانها غير حرز.

---

(١) حاشية رد المحتار، ١٤٤/٢

بحر.
قوله: (ولا بينة له عليه) هذا على أحد القولين المصححين كما يأتي.
قوله: (ثم صارت) أي البينة.
قوله: (بعدها) أي السنين.
قوله: (وقيده الخ) أي قيد عدم الوجوب في المجحود عند عدم البينة بما إذا حلفه عند القاضي فحلف، إما قبله لاحتمال نكوله، وهذا نقله في غرر الاذكار بلفظ: وعن أبي يوسف، ثم لا يخفى أنه على التصحيح الآتي من عدم الوجوب، ولو مع البينة يقتضي أن لا تجب قبل التحليف بالاولى كما
أفاده ط: عن أبي السعود.
قوله: (وما أخذ مصادره) المصادرة: أن يأمره بأن يأتي بالمال، والغصب: أخذ المال مباشرة على وجه القهر، فلا يتكرر هذا مع قوله: ومغصوب لا بينة عليه أفاده ح.
قوله: (ثم وصل إليه) أي المال في جميع هذه الصور.
قوله: (لعدم النمو) علة لقوله: ولا في مال مفقود الخ أفاد به من محترزات قوله نام ولو تقديرا لانه غير متمكن من الزيادة لعدم كونه في يده أو يد نائبه.
قوله: (حديث علي) كذا عزاه في الهداية إلى علي وليس بمعروف، وإنما ذكره سبط ابن الجوزي في آثار الانصاف عن عثمان وابن عمر، كذا في شرح النقابة لمنلا علي القاري.
قوله: (لا زكاة في مال الضمار) الضمار بالضاد المعجمة بوزن حمار.
قال في البحر: وهو في اللغة الغائب الذي لا يرجى، فإذا رجي فليس بضمار، وأصله الاضمار وهو التغييب والاخفاء، ومنه أضمر في قلبه شيئا.
قوله: (مليء) فعيل بمعنى فاعل هو الغني ط.
وفي المحيط، عن المنتقى عن محمد: لو كان له دين على وال، وهو مقر به إلا أنه لا يعطيه وقد طالبه بباب الخليفة فلم يعطه فلا زكاة فيه، ولو هرب غريمه وهو يقدر على طلبه أو التوكيل بذلك فعليه الزكاة، وإن لم يقدر على ذلك فلا زكاة عليه اه.
قوله: (أو على معسر) الاصوب إسقاط على لانه عطف على مليء نعت لمقر أيضا لا مقابل له، لانه لو كان غير مقر فهو المسألة المتقدمة.
والاخصر قول الدرر: على مقر ولو معسرا.

قوله: (أي محكوم بإفلاسه) أفاد أن قوله: مفلس مشدد اللام، وقيد به لانه محل الخلاف، لان الحكم به لا يصح عند أبي حنيفة فكان **وجوده كعدمه** فهو معسر، ومر حكمه، ولو لم يفلسه القاضي وجبت الزكاة بالاتفاق كما في العناية وغيرها، لان المال غاد ورائح.

قوله: (وعن محمد لا زكاة) أي وإن كان له بينة.

بحر.

قوله: (وهو الصحيح) صححه في التحفة كما في غاية." [1]

"بالتنصيص، لان العبد متى أطلق لا ينصرف إلا للاسود، فإذا اقتصر على ذكر العبد وجب الوسط من السودان ا هـ.

قلت: والعبد في عرف الشام لا يشمل الرومي لانه يسمى مملوكا بل يشمل الحبشي والزنجي، وكذا الجارية والرومية تسمى سرية، وعليه فالوسط أعلى الزنجي.

قوله: (وإن أمهرها العبدين الخ) أراد بالعبدين الشيئين الحلالين، وبالحر أن يكون أحدهما حرام فدخل فيه ما إذا تزوجها على هذا العبد وهذا البيت فإذا العبد حر، أو على مذبوحتين فإذا أحدهما ميتة كما في شرح الطحاوي.

بحر.

قوله: (أقله) أي أقل المهر.

قوله: (يمنع مهر المثل) جواب عن قول محمد وهو رواية عن الامام، لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر منه.

قوله: (لها قيمة الحر لو عبدا) أي لها

مع العبد الباقي قيمة الحر لو فرض كونه عبدا.

قوله: (ورجحه الكمال) والمتون على قول الامام.

وفي القهستاني عن الخانية أنه ظاهر الروايةِ: قوله: (كما لو استحق أحدهما) أي أحد العبدين المسميين، فإن لها الباقي وقيمة المستحق، ولو استحقا جيمعا فلها قيمتهما، وهذا بالاجماع كما شرح الطحاوي.

بحر.

مطلب في النكاح الفاسد قوله: (في نكاح فاسد) وحكم الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في الفاسد،

---

(١) حاشية رد المحتار، ٢/٢٨٩

فيسقط الحد ويثبت النسب، ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل، خلافا لما في الاختيار من كتاب العدة، وتمامه في البحر وسنذكر في العدة التوفيق بين ما في الاختيار وغيره.

قوله: (وهو الذي الخ) بخلاف ما لو شرط شرطا فاسدا كما لو تزوجته على أن لا يطأها فإنه يصح النكاح ويفسد الشرط.

رحمتي.

قوله: كشهود ومثله تزوج الاختين معا، ونكاح الاخت في عدة الاخت، ونكاح المعتدة، والخامسة في عدة الرابعة، والامة على الحرة.

وفي المحيط: تزوج ذمي مسلمة فرق بينهما لانه وقع فاسدا ا هـ.

فظاهره أنهما لا يحدان، وأن النسب يثبت فيه والعدة إن دخل.

بحر.

قلت: لكن سيذكر الشارح في آخر فصل في ثبوت النسب عن مجمع الفتاوى: نكح كافر مسلمة فولدت منه لا يثبت النسب منه ولا تجب العدة لانه نكاح باطل ا هـ.

وهذا صريح فيقدم على المفهوم، فافهم.

ومقتضاه الفرق بين الفاسد والباطل في النكاح، لكن في الفتح قبيل التكلم على نكاح المتعة أنه لا فرق بينهما في النكاح، بخلاف البيع، نعم في البزازية حكاية قولين في أن نكاح المحارم باطل أو فاسد، والظاهر أن المراد بالباطل ما **وجوده كعدمه**، ولذا لا يثبت النسب ولا العدة في نكاح المحارم أيضا كما يعلم مما سيأتي في الحدود.

وفسر القهستاني هنا الفاسد بالباطل، ومثله بنكاح المحارم وبإكراه من جهتها أو بغير شهود الخ، وتقييده الاكراه بكونه من جهتها قدمنا الكلام عليه أول النكاح قبيل قوله: وشرط حصول شاهدين وسيأتي في باب العدة أنه لا عدة في نكاح باطل وذكر في البحر هناك عن المجتبى أن كل نكاح اختلف العلماء في جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه موجب للعدة.." (١)

" - الباب الأول في عقد الكفالة ويحتوي على فصلين الفصل الأول في ركن الكفالة أي في المواد التي في ركن الكفالة ركن الكفالة ، عبارة عن إيجاب الكفيل انظر المادة الآتية والمادة (١٤٩) (مجمع الأنهر) ركن الكفالة الإيجاب فقط أما الركن في بعض العقود كالبيع والإجارة فهو عبارة عن الإيجاب

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣/١٤٤

والقبول ، والفرق بينهما وبين الكفالة ظاهر لأن كلا من الطرفين في البيع متعهد تجاه الآخر أي أن البائع يتعهد ويلتزم تسليم المبيع إلى المشتري والمشتري يتعهد ويلتزم تسليم الثمن إلى البائع والتعهد في الكفالة إنما يكون من الكفيل . سبب الكفالة : تكثير محل المطالبة للمكفول له وتسهيل وصوله إلى حقه وطلب الكفيل لتأمين ذلك الحق هو السبب في الكفالة – * * * * * – (المادة ٦٢١) : تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل أحد في غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤخذ بها . تنعقد الكفالة في رأي الإمام أبي يوسف وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده وتنعقد بالاتفاق بإيجاب المكفول له وقبول الكفيل وتنفذ (الأنقروي) والغرض من القبول قبول المكفول له أما قبول المكفول عنه فليس له حكم أي إن **وجوده كعدمه** أي أن هذا أيضا من قبيل الكفالة التي تنعقد بإيجاب الكفيل فقط . مسائل تتفرع عن انعقاد الكفالة بإيجاب الكفيل : المسألة الأولى : بما أن الكفالة النفسية والكفالة المالية تنعقد بإيجاب الكفيل فقط فليس من حاجة إلى شيء آخر كقبول المكفول له الإيجاب في مجلس الإيجاب أو قبول أجنبي من طرف المكفول له ذلك الإيجاب .

". [1]

"ينفذ) أي من البلل ، وهذا راجع إلى الجرموق لا الجورب ؛ لأن العادة في الجورب أن يلبس وحده أو تحت الخف لا فوقه (قوله مسح الخف والموق الباقي) أي يمسح الخف البادي ويعيد المسح على الموق الباقي لانتقاض وظيفتهما كنزع أحد الخفين ؛ لأن انتقاض المسح لا يتجزأ بحر ، وهذا ظاهر الرواية .

وروى الحسن أنه يمسح على الخف البادي لا غير .

وعن أبي يوسف : ينزع الموق الباقي ويمسح الخفين خانية (قوله لم يجز) هذا إذا لم يكن في الموقين خرق مانع ، فلو كان قال في المبتغى له المسح على الخف أو على الجرموق ؛ لأنهما كخف واحد ، لكن بحث في الحلية وتبعه في البحر بأنه ينبغي أن لا يجوز إلا على الخف ، لما علم أن المنخرق خرقا مانعا **وجوده كعدمه** ، فكانت الوظيفة للخف فلا يجوز على غيره ، وبه صرح في السراج كما قدمناه." [2]

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٢٧/١

(٢) رد المحتار، ٣٠٧/٢

"نائما لا يعتد) بما أتى (به) بل يعيده ولو القراءة أو القعدة على الأصح ، وإن لم يعده تفسد لصدوره لا عن اختيار ، فكان **وجوده كعدمه** والناس منه غافلون ، فلو أتى النائم بركعة تامة تفسد صلاته لأنه زاد ركعة وهي لا تقبل الرفض .

ولو ركع أو سجد فنام فيه أجزأه لحصول الرفع (منه) والوضع بالاختيار

s." (١)

"(قوله تصح به الصلاة) بأن يكون طاهرا أو نجسا ، وعنده ما يطهره به ، أو ليس عنده إلا أن ربعه طاهر نهر ، فلو كان الطاهر أقل أو كان كله نجسا لا تبطل لأن المأمور به الستر بالطاهر ، فكان **وجوده كعدمه** .

ولو قال (تجب) بدل (تصح) لكان أولى لأن عبارته تشمل ما لو كان كله نجسا إذ الصلاة تصح فيه مع أنه لو صلى عاريا لا تبطل لأنها لا تجب فيه بل هو مخير أبو السعود ط (قوله أو أعتقت الأمة) في حاشية المدني قال شيخنا المرحوم السيد محمد أمين ميرغني في حاشيته على الزيلعي : أقول ذكر كثير من الشراح هذه المسألة ملحقة بالمسائل الاثني عشرية ، وفيه نظر ، فإن فرض الستر إنما يلزمها مقتصرا من وقت عتقها لا مستندا فيكون عدم الستر قاطعا والقاطع في أوانه منه وفي غير أوانه مبطل ، وهاهنا في أوانه لأنه بعد تمام الأركان فصحت صلاتها وإن لم تستر من ساعتها ، بخلاف العاري إذا وجد ثوبا لأن فرض الستر لزمه قبل الشروع ، فكان وجود الثوب في هذه الحالة مغيرا لما قبله ، فكان مبطلا .

وقد ذكر الزيلعي في باب شروط الصلاة خلاف ما هنا ، حيث قال : ولو أعتقت الأمة في صلاتها أو بعدما أحدثت فيها قبل أن تتوضأ أو بعده تقنعت بعمل رفيق من ساعتها وبنت على صلاتها ، وإن أدت ركنا بعد العلم بالعتق بطلت صلاتها .

والقياس أن تبطل في الوجه الأول أيضا كالعريان إذا وجد ثوبا في صلاته .

وجه الاستحسان أن فرض الستر لزمها في الصلاة وقد أتت به ، والعريان لزمه قبل." (٢)

"في الظهيرية قول عامة المشايخ باعتبار وطن السكنى بأن الإمام السرخسي ذكر مسألة تدل عليه .

وهي : كوفي خرج إلى القادسية لحاجة وبينهما دون مسيرة السفر ثم خرج منها إلى الحيرة يريد الشام حتى إذا كان قريبا منها بدا له الرجوع إلى القادسية ليحمل ثقله منها ويرتحل إلى الشام ولا يمر بالكوفة أتم حتى

---

(١) رد المحتار، ٤٠٩/٣

(٢) رد المحتار، ٣٨٩/٤

يرتحل من القادسية استحسانا لأنها كانت له وطن السكنى ، ولم يظهر له بقصد الحيرة وطن سكنى آخر ما لم يدخلها فيبقى وطنه بالقادسية ولا ينتقض بهذا الخروج كما لو خرج منها لتشييع جنازة ونحوه ا هـ ملخصا .

أقول : ويمكن أن يوفق بين القولين بأن وطن السكنى إن كان اتخذه بعد تحقق السفر لم يعتبر اتفاقا وإلا اعتبر اتفاقا ، فإذا دخل المسافر بلدة ونوى أن يقيم بها يوما مثلا ثم خرج منها ثم رجع إليها قصر فيها كما كان يقصر قبل خروجه ، وعليه يحمل كلام المحققين لقول البحر إنهم قالوا لا فائدة فيه لأنه يبقى فيه مسافرا على حاله فصار **وجوده كعدمه** ا هـ فقولهم لأنه يبقى فيه مسافرا على حاله ظاهر في أنه كان مسافرا قبل اتخاذه وطنا ، وما قاله عامة المشايخ محمول على ما إذا اتخذه وطنا قبل سفره كما صوره الزيلعي والإمام السرخسي ، هذا ما ظهر لي والله أعلم." (١)

"(قوله مليء) فعيل بمعنى فاعل وهو الغني ط .

وفي المحيط عن المنتقى عن محمد : لو كان له دين على وال وهو مقر به إلا أنه لا يعطيه وقد طالبه بباب الخليفة فلم يعطه فلا زكاة فيه ، ولو هرب غريمه وهو يقدر على طلبه أو التوكيل بذلك فعليه الزكاة وإن لم يقدر على ذلك فلا زكاة عليه .

ا هـ .

(قوله أو على معسر) الأصوب إسقاط على لأنه عطف على مليء نعت لمقر أيضا لا مقابل له ، لأنه لو كان غير مقر فهو المسألة المتقدمة .

والأخصر قول الدرر على مقر ولو معسرا (قوله أي محكوم بإفلاسه) أفاد أن قوله مفلس مشدد اللام ، وقيد به لأنه محل الخلاف لأن الحكم به لا يصح عند أبي حنيفة فكان **وجوده كعدمه** فهو معسر ومر حكمه ، ولو لم يفلسه القاضي وجبت الزكاة بالاتفاق كما في العناية وغيرها لأن المال غاد ورائح (قوله : وعن محمد لا زكاة) أي وإن كان له بينة بحر (قوله : وهو الصحيح) صححه في التحفة كما في غاية البيان وصححه في الخانية أيضا وعزاه إلى السرخسي بحر .

وفي باب المصرف من النهر عن عقد الفرائد : ينبغي أن يعول عليه .

قلت : ونقل الباقاني تصحيح الوجوب عن الكافي قال : وهو المعتمد ، وإليه مال فخر الإسلام ا هـ ولذا جزم به في الهداية والغرر والملتقى وتبعهم المصنف .

---

(١) رد المحتار، ٢٦/٦

والحاصل أن فيه اختلاف التصحيح ويأتي تمامه في باب المصرف (قوله : لأن البينة إلخ) ولأن القاضي قد لا يعدل ، وقد لا يظفر بالخصومة بين يديه لمانع فيكون : أي الدين في حكم الهالك." [(١)]

"مطلب في النكاح الفاسد (قوله في نكاح فاسد) وحكم الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في الفاسد ، فيسقط الحد ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ، خلافا لما في الاختيار من كتاب العدة ، وتمامه في البحر ، وسنذكر في العدة التوفيق بين ما في الاختيار وغيره (قوله وهو الذي إلخ) بخلاف ما لو شرط شرطا فاسدا كما لو تزوجته على أن لا يطأها فإنه يصح النكاح ويفسد الشرط رحمتي (قوله كشهود) ومثله تزوج الأختين معا ونكاح الأخت في عدة الأخت ونكاح المعتدة والخامسة في عدة الرابعة والأمة على الحرة .

وفي المحيط : تزوج ذمي مسلمة فرق بينهما لأنه وقع فاسدا .

ا هـ .

فظاهره أنهما لا يحدان وأن النسب يثبت فيه والعدة إن دخل بحر .

قلت : لكن سيذكر الشارح في آخر فصل في ثبوت النسب عن مجمع الفتاوى : نكح كافر مسلمة فولدت منه لا يثبت النسب منه ولا تجب العدة لأنه نكاح باطل ا هـ .

وهذا صريح فيقدم على المفهوم فافهم ، ومقتضاه الفرق بين الفاسد والباطل في النكاح ، لكن في الفتح قبيل التكلم على نكاح المتعة .

أنه لا فرق بينهما في النكاح ، بخلاف البيع ، نعم في البزازية حكاية قولين في أن نكاح المحارم باطل أو فاسد .

والظاهر أن المراد بالباطل ما **وجوده كعدمه** ، ولذا لا يثبت النسب ولا العدة في نكاح المحارم أيضا كما يعلم مما سيأتي في الحدود .

وفسر القهستاني هنا الفاسد بالباطل ، ومثله بنكاح المحارم وبإكراه من جهتها أو بغير شهود إلخ وتقييده." [(٢)]

"(قوله فلم يثخنه) قال في المغرب : أثخنته الجراحات أوهنته وأضعفته .

وفي التنزيل - ﴿ حتى يثخن في الأرض ﴾ - أي يكثر فيها القتل (قوله فهو للثاني) لأنه هو الآخذ له (

---

(١) رد المحتار، ٦/٤٨١

(٢) رد المحتار، ١٠/٩٦

قوله وحل) لأنه لما لم يخرج بالأول عن حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح : أي موضع كان وقد وجد زيلعي (قوله وفيه من الحياة ما يعيش) أي ينجو منه .

أما إذا كان بحال لا يسلم منه ، بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح ، كما إذا أبان رأسه يحل لأن **وجوده كعدمه** ، وإن كان بحال لا يعيش منه إلا أن فيه أكثر مما في المذبوح بأن كان يعيش يوما أو دونه ، فعند أبي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية إذ لا عبرة بهذه الحياة عنده ، وعند محمد يحرم لأنها معتبرة عنده زيلعي ملخصا (قوله لقدرته على ذكاة الاختيار) أي بسبب خروجه عن حيز الامتناع فصار كالرمي إلى الشاة ، أفاده في البدائع (قوله وضمن الثاني للأول قيمته إلخ) لأنه أتلف صيدا مملوكا للغير ، لأنه ملكه بالإثخان فيلزمه قيمة ما أتلف وقيمته وقت إتلافه كان ناقصا بجراحة الأول فيلزمه ذلك .

بيانه أن الرامي الأول إذا رمى صيدا يساوي عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثاني درهمين ثم مات يضمن الثاني ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان ، لأن ذلك تلف بجراحة الأول زيلعي .

وفرض المصنف المسألة فيما إذا علم أن القتل حصل بالثاني ، فإن علم أنه حصل من الجراحتين أو لا يدرى فظاهر الهداية أن الحكم في الضمان." (١)

"لأن المباشرة لا يشترك فيها عدم التعدي ومثله الكلب لو زجره بعدما دخل الحرم وجب عليه الجزاء استحسانا ومثله لو أرسل مجوسي كلبا على صيد فزجره محرم فانزجر فقتل الصيد فعليه جزاؤه ولا يؤكل وأعلم أن الجزاء يتعدد بتعدد المقتول إلا إذا قصد به التحلل ورفض إحرامه في الأصل ولو أصاب المحرم صيدا كثيرا على قصد الإحلال والرفض لإحرامه فعليه لذلك كله دم وقال الشافعي عليه جزاء كل صيد لأنه مرتكب محظور إحرامه بقتل كل واحد فيلزمه موجب كل واحد كما لو لم يقصد رفض الإحرام وهذا لأن قصده هذا ليس بشيء لأنه لا يرتفض به الإحرام **فوجوده كعدمه** وقلنا إن قتل الصيد من محظورات الإحرام وارتكاب محظورات العبادة يوجب ارتفاضها كالصوم والصلاة إلا أن الشرع جعل الإحرام لازما لا يخرج عنه إلا بأداء الأعمال ألا ترى أنه حين لم يكن في الابتداء لازما كان يرتفض بارتكاب المحظور وكذا الأمة إذا أحرمت بغير إذن سيدها والمرأة إذا أحرمت بغير إذن زوجها بحجة التطوع لما لم يكن ذلك لازما في حق الزوج كان له أن يحللها بفعل شيء من المحظورات فكان هو في قتل الصيد هنا قاصدا إلى تعجيل الإحلال إلى الجناية على الإحرام وتعجيل الإحلال يوجب دما واحدا كما في المحصر بخلاف ما إذا لم يكن على

---

(١) رد المحتار، ٢٧/٢٧٩

قصد الإحلال لأنه قصد الجناية على الإحرام بقتل كل صيد فيلزمه جزاء كل صيد وقد بينا أن جزاء الصيد في حق المحرم ينبني على قصده حتى إن ضارب الفسطاط لا يكون ضامنا للجزاء بخلاف ناصب الشبكة كذا في المبسوط ولو رمى إلى صيد فتعدى إلى آخر فقتلهما وجب عليه قيمتهما وكذا لو اضطرب بالسهم فوقع على بيضة أو فرخ فأتلفها لزماه جميعا وروى أن جماعة نزلوا بيتا بمكة ثم خرجوا إلى منى فأمروا أحدهم أن يغلق الباب وفيه حمام من الطيور وغيرها فلما رجعوا وجدوها ماتت عطشا فعلى كل واحد منهم جزاؤها لأن الآمرين تسببوا بالأمر والمغلق بال إغلاق ولو نفر صيدا فقتل صيدا آخر ضمنهما وكذا لو أرسل محرم كلبه فزجره آخر ضمن قوله فأشبه دلالة الحلال حلالا كون المحلول حلالا اتفاقي والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالا أو محرما فإنه استحق الأمن بحلوله في الحرم كما استحق الصيد مطلقا الأمن بالإحرام فكما أن تفويت الأمن المستحق بالحرم لا يوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالإحرام لا يوجبه قوله ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة أي في باب الإحرام وتقدم تخريجه من الصحيحين وغيرهما وليس فيه هل دللتم بل قال صلى الله عليه وسلم

هل منكم أحد أمره أن يحمل

." (١)

"واحدة حاصلها أنه إنما صلح للولاية الكبرى التي هي أعم ضررا ونفعا صلح للصغرى التي هي الأقل وهي القضاء والشهادة بطريق الأولى بيان الاستثنائية المقدرة المستغنى عن إظهارها بلفظة لما فإنها دالة على وضع المقدم أن الخلفاء غير الأربعة السابقين ومن تبعهم بإحسان كعمر بن عبد العزيز قلما خلوا من فسق من عدم إنكار السلف ولايتهم وتصحيح تقليدهم القضاء وغيره وعلى الثاني ملازمتان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وبين صلاحية القضاء وصلاحية الشهادة والأول سبب للثاني في كل منهما فاعترض بأنه ذكر في أدب القاضي أن الأمر بالعكس حيث قال لا تصح ولاية القاضي حيث يجتمع في المولى شرائط الشهادة وأجيب بأن قوله فكذا شاهدا عطف على مقلدا بكسر اللام وإن تخلل معطوف غيره كعمرو من قولك جاء زيد وبكر وعمرو عطف على لا زيد لا بكر ومسببيته عنه ظاهرة ولا مناقضة حينئذ وفيه نظر إذ العطف بالفاء يقتضي ترتب كل على ما قبله كما في جاء زيد فعمرو فبكر

---

(١) شرح فتح القدير، ٦٩/٣

فرع في فتاوي النسفي للقاضي أن يبعث إلى شفعوي ليبطل العقد إذا كان بشهادة الفاسق وللحنفي أن يفعل ذلك على ما نبين في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى وكذا لو كان بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث إلى شافعي يزوجها منه بغير محلل ثم يقضي بالصحة وبطلان النكاح الأول يجوز إذا لم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب إليه شيئا ولا يظهر بهذا حرمة الوطء السابق ولا شبهة ولا خبث في الولد كذا في الخلاصة ثم قال قال الإمام ظهير الدين المرغيناني لا يجوز الرجوع إلى شافعي المذهب إلا إلى في اليمين المضافة أما لو فعلوا فقضى ينفذ قوله لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم ينتج لا سماع للكافر على المسلم لكنه عدل في النتيجة إلى التشبيه فقال فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم لأن مراده من النتيجة نفي السماع المعتبر لا نفي حقيقته وإذا انتفى الاعتبار صار **وجوده كعدمه** فصح تشبيه السماع بعدمه على ما هو معنى قوله فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم وتمام هذا الدليل موقوف على أن صغرى القياس منعكسة كنفسها في خصوص هذه المادة لأن المطلوب نفي الشهادة لنفي السماع المعتبر فلو أن الشهادة مجرد الحضور كما يعطيه ظاهر القدوري وقدمنا أن ممن قال به السغدي والاسبيجابي لم يتم ونص القدوري وغيره على اشتراط السماع ولأنه المقصود بالحضور فلا يجوز بالأصمين على ما هو الأصح وعن اشتراط السماع ما قدمناه في التزوج بالكتابة من أنه لا بد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة بأن تقرأه المرأة عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول إن فلانا كتب إلي يخطبني ثم تشهدهم أنها زوجته نفسها أما لو لم تزد على الثاني لا يصح على ما قدمناه في الفروع ولقد أبعد عن

". (١)

"عليه لأنها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها ليملكها فأقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليه العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لأنه يقتضي أن لا يصح إجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وأن لا يصح من الموقوف عليه السكنى الإعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالأولى أن يقال لأنه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة وإلا لملك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذي قبله يفيد أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة أيضا ليس له أن يؤاجر لأنه ليس لمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٠٣/٣

عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع لا بدل ونص الأستروشنسي أنه رأى في المنقول أن إجارة الموقوف عليه لا تجوز وإنما يملك الإجارة المتولي او القاضي ونقل عن الفقيه أبي جعفر أنه إن كان الأجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يستر تجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت وأما الأراضي فإن كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤاجر وإن لم يشرط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا وإن لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدي الى أن تصير نقضا على الأرض كرماد تسفوه الرياح وخطر لي أنه يخيره القاضي بين أن يعمرها فيستوفي منفعتها وبين أن يردها الى ورثة الواقف قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته وهو بالجر كالخشب والقصب وقد يضم عطفا على ما صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج اليه وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأن تتعلم أن بالانهدام تتحقق الحاجة الى عمارة ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله إن احتاج اليه وإن استغنى عنه وأمسكه حتى يحتاج وإنما المعنى أنه إن كان التهيؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفه اليها وإلا حفظه حتى يتهيأ ذلك وتتحقق الحاجة فإن المنهدم قد يكون قليلا جدا لا يخل بالانتفاع بالوقف ولا يقر به من ذلك فيكون **وجوده كعدمه** فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمرة وإن تعذرت إعارته بأن خرج عن الصالحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك إقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحقي الوقف لأنه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لأنها حق لله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم أن عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به إنما هو فيما ورد عليه وقف الواقف أما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لأن في صيرورته وقفا خلافا

". (١)

"المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر إلى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد إلا أن يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو إلا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الأظهر والأشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق وأما ما ذكر في الأشجار من الاكتفاء برؤية رءوس الأشجار أو رؤية خارجة فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه

(١) شرح فتح القدير، ٦/٢٢٤

فلا يكتفى برؤية ظاهره وفي جامع قاضيخان لا يكتفى برؤية الخارج ورؤوس الأشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفى حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لأنه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن م حمد يكفي لأن الزجاج لا يخفى صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد وافق لقول أبي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لأنه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لأن المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع وأما إذا كان المبيع مغيبا في الأرض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف إن كان شيئا يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلجم إن باعه بعد ما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الأرض جاز البيع فإن قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى إذا رضى به يلزم البيع في الكل إن قلع البائع أو المشتري بإذن البائع يثبت له الخيار فلو رضى به لزم البيع في الكل لما عرف أن رؤية بعض المكيل أو الموزون كرؤية الكل وإن قلعه المشتري بغير إذنه إن كان المقلوع شيئا له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له أن يرده رضى بالمقلوع أو لم يرض وجد في ناحية من الأرض أقل منه أو لم يوجد لأن بالقلع صار المقلوع معيبا لأنه كان حيا ينمو وبعده صار مواتا والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية وإن كان المقلوع شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لأن **وجوده كعدمه** وإن كان شيئا يباع عددا إن قلعه البائع أو المشتري بإذنه له الخيار في الباقي حتى لو رضى به لا يلزم البيع في الكل لأنه عددى متفاوت فرؤية بعضه لا تكون كرؤية كله وإن قلعة المشتري بغير إذن البائع بطل خياره وقد حكى فيه خلاف بين أبي حينفة وبينهما فما ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لأن ببعضها يستدل في العادة على الكل وان اختلف البائع والمشتري في القلع فقال الشمتري أخاف إن قلعته لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع لو قلعته فقد لا ترضى يتطوع إنسان بالقلع فإن تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما قوله ونظر الوكيل إلى المبيع مكشوفا يعني الوكيل بالقبض كما فسره المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلا عني بقبضه كنظر المشتري حتى لا يرده المشتري بعد قبض الوكيل ورؤيته إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المرسل والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع إليك المبيع أو أنت رسولي إليه في قبضه

." (١)

"قوله (من حيث هي) أي باعتبار ذاتها بقطع النظر عن كونها ماء سماء ونحوه قوله (على خمسة أقسام) من حيث الأوصاف كما أشار إليه بقوله لكل منها وصف الخ وليس التقسيم للحقيقة قوله (طاهر) أي في نفسه مطهر لغيره حدثا وخبثا قوله (غير مكروه) أي استعماله قوله (الذي لم يخالطه الخ) فهو الباقي على أوصاف خلقته الأصلية (فائدة) يجوز الوضوء والغسل بماء زمزم عندنا من غير كراهة بل ثوابه أكثر وفصل صاحب لباب المناسك آخر الكتاب فقال يجوز الاغتسال والتوضوء بماء زمزم إن كان على طهارة للتبرك فلا ينبغي أن يغتسل به جنب ولا محدث ولا في مكان نجس ولا يستنجي به ولا يزال به نجاسة حقيقية وعن بعض العلماء تحريم ذلك وقيل إن بعض الناس استنجى به فحصل له باسور اه قوله (تنزيها على الأصح) هو ما ذهب إليه الكرخي معللا بعدم تحاميها النجاسة وعلل الطحاوي الكراهة بحرمة لحمها وهذا يقتضي التحريم ثم الكراهة إنما هي عند وجود المطلق غيره وإلا فلا كراهة أصلا كما في غاية البيان والتبيين قوله (حيوان مثل الهرة) الأولى إبقاء المصنف على حاله كما فعل في كبيره لأن لفظ مثل يغني عنه لفظ ونحوها الآتي في المتن قوله (نجس) أي اتفاقا لما ورد السنور سبع فإن المراد به البري قوله (ونحوها) مبتدأ خبره قوله الدجاجة فغير إعراب متنه قوله (الدجاجة) وكل ما له دم سائل وأما ما ليس له دم سائل فلا كراهة في استعمال ما ماتت فيه فضلا عن سؤرها واعلم أن الكراهة في سؤر الهرة قول الإمام ومحمد وقال أبو يوسف لا كراهة فيه لحديث الإصغاء قوله وإصغاء النبي صلى الله عليه وسلم الإناء) أي إمالته قال في القاموس واصغي استمع وإليه مال سمعه والإناء أماله قوله (كان حال علمه الخ) أي بوحي أو كشف فلو زال التوهم في حقنا فلا كراهة في سؤرها لأن الكراهة ما ثبتت إلا من ذلك التوهم فتسقط بسقوطه قال في الفتح فعلى هذا لا ينبغي إطلاق كراهة أكل أو شرب فضلها والصلاة إذا لحست عضوا قبل غسله كما أطلقه شمس الأئمة وغيره بل يقيد بثبوت ذلك التوهم فأما لو كان زائلا كما قلنا فلا كراهة اه قوله (إذ ذاك) أي وقت الإصغاء قوله وسيأتي تقديره) ظاهر المذهب أنه ما يعده الناظر قليلا قوله (وهو ما استعمل في الجسد الخ) ظاهره إنه إذا غسل عضوا من جسده لغير جنابة ونجاسة يكون مستعملا والأصح أنه لا يكون مستعملا لعدم إسقاط الفرض كما في البحر قوله (لرفع حدث) وإن لم ينو بذلك قربة كوضوء المحدث بلا نية إجماعا على الصحيح ولم يذكر المصنف ما استعمل لإسقاط فرض

(١) شرح فتح القدير، ٣٤٥/٦

بأن غسل بعض أعضاء وضوئه فإنه يصير مستعملا لسقوط الفرض اتفاقا وإن لم يزل به حدث عضوه لما عرف أنه لا يتجزأ وإلا وثبوتا ولا تلازم بين سقوط الفرض وزوال الحدث لأن مفاد السقوط عدم وجوب الإعادة ورفع الحدث موقوف على التمام قوله (لقربة) هي فعل ما يثاب عليه ولا ثواب إلا بالنية بإنه قيل المتوضيء ليس على أعضائه نجاسة لا حقيقة ولا حكما فكيف يصير الماء مستعملا بنية القربة قلت لما عمل في تحصيل النور كالمرة الأولى أوجب ذلك تغير وصفه وإلا كان **وجوده كعدمه** قوله (تقربا ليصير عبادة) أما إذا توضأ في مجلس آخر ولم ينو القربة كان إسرافا فلا يعد به الماء مستعملا قوله (فإن كان في مجلس واحد) أي ولم يؤد بالأول عبادة شرع التطهير لها وإلا فلا يكره قوله (كره) أي ولو نوى القربة ويكون إسرافا والإسراف حرام ولو على

---

(١) ".

"والثاني : النكاح : وهو عقد الزوجية الصحيح ، ولو لم يحصل به وطء ولا خلوة ؛ لعموم قوله تعالى : ولكم نصف ما ترك أزواجكم إلى قوله : ولهن الربع مما تركتم ويتوارث بعقد الزوجية الزوجان من الجانبين ؛ فكل منهما يرث الآخر للآية الكريمة ، ويتوارث به الزوجان أيضا في عدة الطلاق الرجعي ؛ لأن الرجعية زوجة ، وقولهم : " عقد الزوجية الصحيح " : يخرج به العقد غير الصحيح ؛ فلا توارث بالنكاح الفاسد ؛ لأن **وجوده كعدمه**.

والثالث : ولاء العتاقة ؛ وهو عصوبة ، سببها نعمة المعتق على رقيقه بالعتق ، ويورث بها من جانب واحد فقط ، فالمعتق يرث عتيقه دون العكس ، ويخلف المعتق من بعده عصبته بالنفس دون العصبة بالغير أو مع الغير . والدليل على التوريث بالولاء قوله صلى الله عليه وسلم : الولاء لحمة كلحمة النسب رواه ابن حبان في " صحيحه " والحاكم وصححه ، فشبه الولاء بالنسب ، والنسب يورث به ؛ فكذا الولاء ، وهذا بالإجماع ، وفي " الصحيحين " أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إنما الولاء لمن أعتق.

أقسام الورثة باعتبار الجنس :

الورثة ينقسمون باعتبار الجنس إلى ذكور وإناث

والوارثون من الذكور عشرة

الابن وابنه وإن نزل بمحض الذكور ؛ لقوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين وابن

---

(١) حاشية الطحطاوي على المراقي، ص/١٦

الابن يعد ابنا ؛ لقوله تعالى : يا بني آدم يا بني إسرائيل

والأب وأبوه وإن علا بمحض الذكور ؛ كأبي الأب وأبي الجد ؛ لقوله تعالى : ولأبويه لكل واحد منهما السدس والجد أب ، وقد أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم السدس .." (١)

"وأما الحجب في اصطلاح الفرضيين فمعناه : منع من قام به – سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه .

* وينقسم الحجب في الفرائض إلى قسمين :

القسم الأول: حجب الأوصاف ويكون فيمن اتصف بأحد موانع الإرث الثلاثة ، وهي : الرق ، أو القتل ، أو اختلاف الدين ، فمن اتصف بواحد من هذه الأوصاف ؛ لم يرث ، ويكون **وجوده كعدمه** .

القسم الثاني: حجب الأشخاص : وهو منع شخص معين من الإرث بالكلية ، ويسمى حجب الحرمان أو منعه من إرث أكثر إلى إرث أقل ، ويسمى حجب النقصان وسبب هذا الحجب بنوعيه وجود شخص أحق منه ، ولذلك سمي حجب الأشخاص ، وهو سبعة أنواع ، أربعة منها تحصل بسبب الازدحام ، وثلاثة منها تحصل بسبب الانتقال من فرض إلى فرض ، وهذه السبعة هي :

أولا : انتقال من فرض إلى فرض أقل منه ؛ كانتقال الزوج من النصف إلى الربع مثلا .

ثانيا : انتقال من تعصيب إلى تعصيب أقل منه ؛ كانتقال الأخت لغير أم من كونها عصبة مع الغير إلى كونها عصبة بالغير

ثالثا : انتقال من فرض إلى تعصيب أقل منه ؛ كانتقال ذوات النصف منه إلى التعصيب بالغير .

رابعا : انتقال من تعصيب إلى فرض أقل منه ؛ كانتقال الأب والجد من الإرث بالتعصيب إلى الإرث بالفرض .

خامسا : ازدحام في فرض ؛ كازدحام الزوجات في الربع والثمن مثلا

سادسا : ازدحام في تعصيب ؛ كازدحام العصبات في المال أو فيما أبقت الفروض .

سابعا : ازدحام بسبب العول ؛ كازدحام أصحاب " الفروض في الأصول التي يدخلها العول ، فإن كل واحد منهم يأخذ فرضه ناقصا بسبب العول .

وللحجب قواعد يدور عليها :

---

(١) الملخص الفقهي وكتب أخرى، ١٦/٩

القاعدة الأولى: أن من أدلى بواسطة حجبته تلك الواسطة وذلك كابن الابن مع الابن ، والجدة مع الأم ، والجد مع الأب ، والأخوة مع الأب .." (١)

"بالمحرمات ، وإنما هو تسكين للأعصاب حتى لا تهيج عند القطع وعند التدبير الجراحي ، وهذا ليس علاجا حقيقة ، ومن هنا لا يعارض النص ويكون استثناء المصنف – رحمه الله – بوجود الحاجة ، إنما هو لدفع الضرر ورعاية للمشقة ، أيضا دفع الحرج ، وقد جاءت الشريعة بنفي الحرج ؛ كما قال الله تعالى : ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ .

فبين رحمه الله أنه إذا وجدت الحاجة للحرير أنه لا بأس بذلك ولا حرج فيه .

[لقول رسول الله – – صلى الله عليه وسلم – – في الذهب والحرير : ((هذان حرام على ذكور أمتي حل لإناثهم)) ومن صلى من الرجال في ثوب واحد بعضه على عاتقه أجزأه ذلك] : طبعا لا يكون الثوب ساترا إلا إذا كان لا يصف البشرة ، وهذا شرط في ساتر العورة أنه يشترط فيه أن لا يصف البشرة ، سواء كان ثوبا أو أثواب ، فلو كان ثوبا واحدا غليظا لا يصف البشرة حصل به المقصود ، لكن لو كان ثوبا أو أثوابا الذي يلي العورة منها رقيق يصف البشرة فإن الذي يشف يكشف ، **ووجوده كعدمه**، فلو صلى في ثوب رقيق نرى به لون بشرته – الضابط عند العلماء أن يرى لون البشرة – ، فإذا استطعنا أن نرى لون بشرته فليس بساتر ، ويجب عليه أن يعيد الصلاة ، ويبقى السؤال : ما الدليل على أن ما شف كما كشف ؟ الجواب أن النبي– – صلى الله عليه وسلم – – قال : ((صنفان من أهل النار لم أرهما : نساء كاسيات عاريات مائلات مميلات على رؤوسهن كأسنمة البخت لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها)) فقال : ((كاسيات عاريات)) : فأخبر أنهن لابسات لكنهن في حكم الشرع عاريات ؛ لأن الذي شف **وجوده كعدمه** ، ومن هنا أخذ العلماء أنه إذا كان لابسا لما يشف أن وجوده وعدمه على حد سواء ، فلو كان له ثوب واحد لا يشف البشرة .." (٢)

"

وصرح بستة أشهر فأكثر للفرق بين الحمل الواحد والحملين والأول هو الصواب لما فيه من التقييد بغير دليل والتفريق بين المتماثلين

---

(١) الملخص الفقهي وكتب أخرى، ٣٥/٩

(٢) دروس عمدة الفقه للشنقيطي، ١٥٨/٢

والمسألة الأخرى وهي أن من أتت امرأته بولد لا يلحقه نسبه هل تنقضي عدتها به أم لا مشهورة وقد صرح بها المصنف وغيره والكلام عليها يطول والراجح فيها واضح فلا حاجة إلى بحثها

إذا تقرر هذا فقوله فالحكم كما فصلنا إن قلنا الثاني تنقضي به العدة ولا يلحق بالمطلق أي الخلاف السابق جاز هنا والدليل كما تقدم وإن قلنا تنقضي به العدة كملت به الثلاث لأنها وجدت صفتها كما لو وجدت دفعة واحدة وانتفاء عدم الوقوع لانتفاء سببه لآن هذا الحمل الثاني لا أثر له في انقضاء العدة **فوجوده كعدمه** كما لو خرج منها نطفة أو دم ولهذا لو كان

". (١)

"فيكون إقراره بعد ذلك مجهولا كما قلنا فيما إذا أقر بمال المكذب إذا لم نجعله لبيت المال فإنه إذا ادعى المقر بعد هذا أنه ملكه قبل منه ولو كان المقر به رق نفسه فهو كغيره بناء على أن الإقرار للمكذب **وجوده كعدمه** وهناك على الوجه الآخر نجعله بمنزله المال الضائع أو المجهول الحال فيحكم بالحرية وبالمال لبيت المال وهنا يكون بمنزلة المجهول النسب فيقبل منه الإقرار به ثانيا وسر المسألة أن الرجوع عن الدعوى مقبول والرجوع عن الإقرار غير مقبول والإقرار الذي لم يتعلق به حق لله ولا لآدمي هو من باب الدعاوي فيصح الرجوع عنه انتهى كلامه

وقد تقدمت الاشارة إلى المسألة في غير موضع

قوله ويكفي في تصديق الولد بالوالد وفي عكسه سكوته إذا أقر به نص عليه وللشاهد أن يشهد بنسبهما بناء على ذلك

هذا هو المشهور لأن النسب يحتاط له فاكتفى بالسكوت كما لو بشر بولد فسكت بخلاف سائر الأشياء

قوله وقيل لا يكفي حتى يتكرر ذلك

لأن السكوت محتمل فاعتبر التكرار لزوال الاحتمال

قوله ومن أقر بطفل له أم فجاءت بعد موت المقر تدعى زوجيته لم تثبت بذلك

---

(١) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ١/٣٢٠

". (١)

"

وقال الشيخ تقي الدين وكأن الضابط أن الصلاة المغيره قدرا أو وصفا تقبل بلا تردد فأما الصلاة المسقطة فهي محل وفاق

قوله وعنه أنه مقر بالحق مدع لقضائه فيحلف خصمه أو يأتي ببينة به

اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة ومالك وهو أحد قولي الشافعي وهو الأظهر عند أصحابه لأنه أقر وادعى القضاء فلا يسمع إلا ببينة أو يحلف خصمه كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل ولأنه وصل كلامه بما يرفعه فلم يقبل كاستثناء الكل

قوله وعنه أن هذا ليس بجواب صحيح فيطالب برد الجواب

لأنه كلام ظاهره التناقض لأنه نفي ما أثبت فكان **وجوده كعدمه** فيطالب بجواب صحيح قال في الرعاية الكبرى وهي أصح وأشهد كذا قال فصل

وكذا الخلاف فيمن قال وقضيت منه كذا وكذا الخلاف أيضا إن قال وبرئت منه أو من بعضه وقيل تقبل دعوى الوفاء لا الإبراء لأنه فعل الغير فلم يقبل قوله فيه بخلاف الوفاء وإن قال جوابا للدعوى أبرأني منها أو برئت إليه منها فهو كقوله كان له على ألف وقضيته قدمه في الرعاية وذكر ابن أبي موسى أنه إقرار فإن عجز عن إثبات البراءة فله اليمين فصل

ولو قال كان لي عنده ألف درهم قبضت منها خمسمائة وأطالبه بخمسمائة أخرى فهذا لا يكون إقرارا بالخمسمائة المقبوضة على الرواية الأولى وهو ظاهر

". (٢)

"

أحدهما يلزمه خمسة لأن التقدير أن استثناء النصف صحيح وثلاثة من خمسة باطل فيبطل ما بعده

والثاني يلزمه ستة لأن استثناء النصف صحيح واستثناء ثلاثة من خمسة باطل **ووجوده كعدمه** واستثناء اثنين من خمسة صحيح فصار المقر به سبعة ثم استثنى من الاثنين واحد يبقي ستة وعلى الوجه الثالث أن

---

(١) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ٢/٤٠٤

(٢) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ٢/٤٣١

الكلام بآخره وتصح الاستثناءات كلها ويلزمه سبعة وهو واضح وألزمه بعضهم على هذا الوجه ستة بناء على أن الدرهم مسكوت عليه فلا يصح استثناؤه وفيه نظر

قوله وإذا لم نصححه فهل يلزمه ثمانية أو عشرة على وجهين

أحدهما يلزمه ثمانية لأن استثناء الخمسة باطل واستثناء ثلاثة من عشرة صحيح يبقى سبعة واستثناء الإثنين باطل واستثناء واحد من ثلاثة صحيح تزيده على سبعة

وقال بعضهم على هذا الوجه أن استثناء خمسة وثلاثة باطل واستثناء اثنين من ثمانية صحيح واستثناء واحد من اثنين باطل وفيه نظر والثاني يلزمه عشرة لإبطال الأول وما بعده

قوله وقيل يلزمه سبعة عليهما جميعا

أي سواء قلنا يصح استثناء النصف أولا وهذا بناء على الوجه الثالث وهو تصحيح الاستثناءات كلها كما تقدم وحكاية المصنف هذا الوجه بهذه العبارة فيها شيء وأحسبه لو قال وعلى الوجه الثالث يلزمه سبعة كان أولى

وذكر الشيخ تقي الدين أن هذا قول المالكية قال ولك طريقان إن شئت أن تنقص الآخر مما قبله ثم تنقص الثاني مما قبله إلى الآخر وإن شئت أن تنقص الآخر مما قبله ثم تنقص الثاني ثم تنقص الثالث ثم أن تنقص الأول من المستثنى منه ثم تزيد عليه الثاني ثم تنقص الثالث ثم تزيد عليه الربع إلى آخره وهذا الثاني في الكافي انتهى كلامه

". (١)

"أعاد الكل سواء كان إماما أو مأموما(١) (ولا) تصح (إمامة أمي)(٢) منسوب إلى الأم، كأنه على الحالة التي ولدته عليها(٣).

(وهو) أي الأمي (من لا يحسن) أي يحفظ (الفاتحة)(٤) أو يدغم فيها ما لا يدغم بأن يدغم حرفا فيما لا يماثله أو يقاربه، وهو الأرت(٥).

---

(١) لأن المحدث أو النجس **وجوده كعدمه**، فينقص العدد المعتبر للجمعة، وكذا العيد، وهذا على القول بأن الأربعين شرط فيها ويأتي.

---

(١) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ٢/٤٥٩

(٢) بمن يحسنها، مضت السنة على ذلك، قاله الزهري وغيره، فتبطل صلاة المأموم لاقتدائه بمن لا يجوز الاقتداء به إجماعا، لأن القراءة شرط، فلم يصح اقتداء القادر عليه بالعاجز، كالطهارة وهو يتحملها عن المأموم، والعاجز عنها ليس من أهل التحمل، وعند أبي حنيفة ومالك تبطل صلاة الإمام أيضا، لإمكانه الصلاة خلف من يحسنها، والمذهب وفاقا للشافعي، لا تبطل صلاة الإمام كالأميين، والأمي لغة من لا يكتب، ومن ذلك وصفه صلى الله عليه وسلم بالأمي، وقال: «أنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب»

(٣) باق على جبلته، لم يقرأ ولم يكتب، وقال القاضي عياض: منسوب إلى الأم، إن النساء – في الغالب من أحوالهن – لا يكتبن ولا يقرأن مكتوبا فلما كان الابن بصفتها نسب إليها، كأنه مثلها وقيل لأمة العرب، أمية، لأنها لم تكن تكتب ولا تقرأ المكتوب.

(٤) يعني عند الفقهاء اصطلاحا، من لا يحفظ الفاتحة.

(٥) بالمثناة المشددة، ورت رتتا كان في لسانه رتة أي عجمة فهو أرت، وهو من يدغغم حرفا في حرف، في غير موضع الإدغام، وقيل: من يبدل الراء

بالياء وقيل: من يلحقه رتج في كلامه، وفي المذهب هو الذي في لسانه عجلة تسقط بعض الحروف، وكذا الألكن لا تتبين قراءته.." [١]

"فصل في الكفن(١)

(يجب تكفينه في ماله)(٢) لقوله – صلى الله عليه وسلم – في المحرم «كفنوه في ثوبيه»(٣) (مقدما على دين) ولو برهن (وغيره) من وصية وإرث(٤) لأن المفلس يقدم بالكسوة على الدين، فكذا الميت(٥). فيجب لحق الله وحق الميت ثوب لا يصف البشرة، يستر جميعه(٦) من ملبوس مثله(٧)

---

(١) لما فرغ من الكلام في غسل الميت وما يتعلق به، أتبعه الكفن ومؤونة التجهيز، وما يتعلق بذلك، وتقدم أن كفن الميت ومؤونة تجهيزه فرض كفاية على من علم به وأمكنه إجماعا، وقيل: وحنوطه وطيبه، وفاقا لمالك وقول للشافعي.

(٢) أي لف الميت في كفن، ثوب فأكثر من ماله، للنص والإجماع، وكذا مؤونة تجهيزه بمعروف، وفاقا، غير حنوط وطيب فمستحب.

(٣) متفق عليه، وتقدم، ولما رواه الجماعة من أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتكفين في النمرة، ولا مال

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٠٤/٣

له غيرها، وقال ابن المنذر: قال بذلك جميع أهل العلم.
(٤) وإرث جناية، ولو كانت متعلقة برقبة الجاني، وغير ذلك مما يتعلق بعين المال، وقال الوزير: اجمعوا على تكفين الميت من ماله، وأنه مقدم على الدين والورثة.
(٥) يقدم عليه، بل أولى، ولأن سترته واجبة في الحياة، فكذا بعد الموت، وللخبر المتقدم وغيره، ويكون ذلك من رأس ماله، ولأن حمزة ومصعبا لم يوجد لكل منهما إلا ثوب، فكفنا فيه.
(٦) أي جميع بدن الميت، ذكرا كان أو أنثى، ما لم يكن محرما، لأن العورة المغلظة يجزئ في سترها ثوب واحد، فكفن الميت أولى، ولو أوصى أن يكفن بأقل منه لم تسمع وصيته، لما فيه من إسقاط حق الله، وعبارة الإقناع: ويشترط أن لا يصف البشرة، لأن ما يصفها غير ساتر، **فوجوده كعدمه**.
(٧) في الجمع والأعياد، لأنه لا إجحاف فيه على الميت، ويكره بأعلى من ملبوس مثله، ولو أوصى به، لأنه إضاعة للمال، وللنهي عن التغالي في الكفن، رواه أبو داود وغيره بإسناد جيد.
ولفظه «لا تغالوا في الكفن، فإنه يسلب سريعا» ولا ينافي الأمر بتحسينه، فإن تحسينه بياضه ونظافته، وسبوغه وكثافته، لا كونه ثمينا، وولاية شراء الكفن لوارثه.." [1]
."

....

(والخلطة) بضم الخاء أي الشركة(١) (تصير المالين) المختلطين (كـ)ـالمال (الواحد)(٢) إن كان نصابا من ماشية(٣) والخليطان من أهل وجوبها(٤) سواء كانت خلطة أعيان بكونه مشاعا(٥).

---

(١) ومثل العشرة وزنا ومعنى، جائزة في الجملة، وهي ضربان، أن يكون المال مشتركا، مشاعا بينهما، أو أن يكون بينهما ماشية متميزة، ولا اشتراك بينهما، لكنهما متجاوران مختلطان، على ما يأتي، فالأولى خلطة اشتراك وأعيان، والثانية خلطة أوصاف وجوار؛ وكل واحدة تؤثر في الزكاة، إيجابا وإسقاطا، وتغليظا وتخفيفا، وحكى أبو حامد في تعليقه إجماع المسلمين على أنه لا فرق بين الخلطتين في الإيجاب، وسواء كان تأثيرها في إيجاب الزكاة أو إسقاطها، أو في تغيير الفرض.
(٢) في المؤن، فوجب أن تكون زكاته زكاة المال الواحد، لأنه لو لم يكن كذلك لما نهى الشارع عن جميع المتفرق، وعكسه، خشية الصدقة، وهو مذهب مالك والشافعي.

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٦٠/٥

(٣) حولا كاملا، فلا تؤثر فيما دونه إجماعا، وأما سائر المال فلا تجب فيه، لأن ما زاد بحسابه فلا تأثير، وقيل: تؤثر مطلقا، وخصها الأكثر بخلطة الأعيان.

(٤) أي الزكاة، فلو كان أحدهما ليس من أهل الزكاة ككافر أو مكاتب أو مستغرق **فوجوده كعدمه**.

(٥) يعني المال بين اثنين فأكثر، سميت خلطة أعيان لأن أعيانها مشتركة، وقال الشيخ: الخلطاء في الماشية إذا كان مال كل منهما متميزا عن الآخر. فإن لم يكن متميزا فهما شريكان.." [1]

"(أو) شرط البائع على المشتري (أن يفعل ذلك) أي أن يبيع المبيع، أو يهبه ونحوه(١) (بطل الشرط وحده)(٢) لقوله عليه السلام «من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط» متفق عليه(٣) والبيع صحيح(٤) لأنه صلى الله عليه وسلم في حديث بريرة أبطل الشرط، ولم يبطل العقد(٥).

---

(١) كأن يؤجره، أو يقفه.

(٢) وصار **وجوده كعدمه**، كأن يشترط ضمان المبيع من بلد إلى بلد، والبيع صحيح بشرطه في تلك الصور، وإن تلف المبيع فمن ضمان المشتري، ويحط ما زاد به الثمن لأجل الشرط.

(٣) أي من اشترط شرطا ليس في حكم الله وشرعه فهو باطل، ولو شرط مائة شرط، لمخالفته للحق، قال ابن القيم: ليس المراد به القرآن قطعا، فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن، بل علمت من السنة، فعلم أن المراد بكتاب الله حكمه، فإنه يطلق على كلامه،وعلى حكمه، الذي حكم به على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم، ومعلوم أن كل شرط ليس في حكم الله، فهو مخالف له، فيكون باطلا، والصواب إلغاء كل شرط خالف حكم الله، واعتبار كل شرط لم يحرمه الله، ولم يمنع منه.

(٤) لمفهوم الخبر، ولعود الشرط على غير العاقد.

(٥) بل أقره، وقال «اشتريها» مع تصريحه ببطلان الشرط.." [2]

"فإن كان ما مع الربوي يسيرا لا يقصد كخبز فيه ملح بمثله، **فوجوده كعدمه**(١) (ولا) يباع (تمر بلا نوع، بما) أي بتمر (فيه نوى)(٢) لاشتمال أحدهما على ما ليس من جنسه(٣) وكذا لو نزع النوى، ثم باع التمر والنوى، بتمر ونوى(٤) (ويباع النوى، بتمر فيه نوى(٥).)

---

[1] حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١٨٧/٥

[2] حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٧٧/٧

(١) أي الملح في الخبز، وكالماء في خل التمر، وخل الزبيب، ودبس التمر، لأنه غير مقصود، وكذا كل ما لا يؤثر في كيل أو وزن، فيما بيع بجنسه، لكونه يسيرا غير مقصود، كذهب مموه به سقف دار، فيجوز بيع الدار -المملوه سقفها بذهب- بذهب، وبدار مثلها، سقفها مموه بذهب، لأن الذهب في السقف غير مقصود، ولا مقابل بشيء من الثمن، وإن كان كثيرا كاللبن المشوب بالماء بمثله، والأثمان المغشوشة بغيرها لم يجز، للعلم بالتفاضل، ويصح : أعطني بهذا الدرهم نصفا وفلوسا، أو حاجة، لأن قيمة النصف في الدرهم كقيمة النصف مع الفلوس أو الحاجة.

(٢) النوى عجم التمر، فإذا بيع تمر بلا نوى، بما فيه نوى، صار كمد عجوة ودرهم، فلم يصح البيع، وفي الإنصاف: الصحيح من المذهب تحريمه.

(٣) أي أحد التمرين على النوى دون الآخر، فانتفى التساوي المشترط شرعا، أو جهل، والجهل بالتساوي، كالعلم بالتفاضل.

(٤) لأن التبعية قد زالت، فصارت كمسألة مد عجوة ودرهم، فلم يصح البيع، للجهل بالتساوي.

(٥) متساويا ومتفاضلا، وإن باع تمرا منزوع النوى بتمر منزوع النوى جاز، للتساوي.." [1]

"و) يباع (لبن و) يباع (صوف بشاة ذات لبن وصوف)(١) لأن النوى في التمر، واللبن والصوف في الشاة، غير مقصود(٢) كدار -مموه سقفها بذهب- بذهب صح(٣) وكذا درهم فيه نحاس بمثله، أو بنحاس(٤) ونخلة عليها ثمرة بمثلها، أو بثمر(٥).

---

(١) أي ويباع لبن بشاة ذات لبن، ويباع صوف بشاة عليها صوف، حية كانت النعجة أو مذكاة.

(٢) أي فلا أثر له، ولا يقابله شيء من الثمن، أشبه الملح في الشيرج، ويسير شعير بحنطة، فيصح البيع.

(٣) أي البيع في النوى بالتمر، واللبن والصوف بذات اللبن والصوف، كما يصح في الدار -المموه سقفها بذهب- بذهب لأنه غير مقصود بالبيع.

(٤) أي وكذا يصح بيع درهم فيه نحاس، بدرهم فيه نحاس، متساو ما فيهما من الفضة والنحاس، أو درهم بنحاس، لأن النحاس في الدرهم غير مقصود، وإن زاد غش أحد الدرهمين بطل البيع، وكذا إن جهل، ويصح بيع تراب معدن، وصاغة، بغير جنسه.

(٥) أي ويصح بيع نخلة أو نخل عليها أو عليه ثمرة، بمثلها أي بنخلة أو بمثله، بنخل عليه ثمر، أو بيع

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٤٨٢/٧

نخلة عليها ثمرة بثمر، لأن الربوي في ذلك غير مقصود بالبيع، **فوجوده كعدمه**، وكذا عبد له مال إذا اشتراه بثمن من جنس ماله، واشتراطه إن لم يقصد المال.." [1]

"ولو باع أو تصرف فادعى أنه عزله قبله لم يقبل إلا ببينة (١) (و) تبطل أيضا (بحجر السفيه)(٢) لزوال أهلية التصرف (٣) لا بالحجر لفلس (٤) لأنه لم يخرج عن أهلية التصرف (٥).

---

(١) أي ولو باع وكيل، أو تصرف، فادعى موكله، أنه عزله قبل البيع أو التصرف، لم يقبل إلا ببينة تشهد بالعزل قبل، لأن الأصل بقاء الوكالة والشركة ونحوهما، وبراءة ذمة الوكيل، والشريك، ونحوه من ضمان ما أذن له فيه، بعد الوقت الذي ادعى الموكل عزل فيه، واختار الشيخ: لا يضمن. وقال: لو باع، أو تصرف، فادعى أنه عزله قبله لم يقبل، فلو أقام به بينة ببلد آخر، وحكم به حاكم، فإن لم ينعزل قبل العلم صح تصرفه، وإلا كان حاكما على الغائب، ولو حكم قبل هذا الحكم بالصحة حاكم لا يرى عزله قبل العلم، فإن كان قد بلغه ذلك نفذ، والحكم الناقض له مردود، وإلا **وجوده كعدمه**، والحاكم الثاني إذا لم يعلم بأن العزل قبل العلم، أو علم ولم يره، أو رآه ولم ير نقض الحكم المتقدم، فحكمه كعدمه، وقبض الثمن من وكيله دليل بقاء وكالته، وأنه قول أكثر العلماء. اهـ. إلا الطلاق فيقبل بلا بينة.

(٢) أي وتبطل الوكالة أيضا بحجر السفيه في تصرف مالي، وكيلا كان أو موكلا، حيث اعتبر رشده.

(٣) أي فلا يملكه غيره من جهته كالمجنون، والمراد فيما ينافيه، بخلاف ما لا ينافيه كالطلاق.

(٤) أي فالوكالة بحالها في شراء شيء في ذمته، أو في ضمان، أو اقتراض، أو خصومة، أو طلاق، أو خلع، أو قصاص، ونحو ذلك.

(٥) يعني بالفلس، فصحت وكالته، لعدم ما ينافيها.." [2]

"لأن القصد معرفة الحذق كما تقدم (١) (يحسنون الرمي) لأن من لا يحسنه **وجوده كعدمه** (٢) ويشترط لها أيضا تعيين عدد الرمي (٣) والإصابة (٤) ومعرفة قدر الغرض طوله، وعرضه، وسمكه (٥).

---

(١) وأنه لا تعرف مهارتهم إلا بالتعيين.

(٢) هذا أحد الشروط الأربعة، وهي زيادة على الشروط المتقدمة، فإن كانا اثنين، وعلم أحدهما أن الآخر

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٤٨٣/٧

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٢١١/٩

غالب له ولا بد، أو مغلوب معه ولا بد، فإن كان للمغلوب غرض صحيح كولده جاز، وإن تضمن بذل ما له فيما لا منفعة له فيه، لا دنيا ولا أخرى، فقال ابن القيم: مثل ذلك يمنع منه الشرع والعقل، وإن كانوا حزبين، وفي أحدهما من لا يحسنه، بطل العقد فيه، وأخرج من الحزب الآخر مثله، وإن عقد ليقتسموا بعد جعل لكل حزب رئيس، فيختار كل واحد واحدا حتى يفرغا.

(٣) لئلا يؤدي إلى الاختلاف، فقد يريد أحدهما القطع، ويريد الآخر الزيادة، إلا في رمي المبادرة، فقال ابن القيم وغيره: لا يشترط، لأنه إذا قال: أينا بدر إلى خمس إصابات فهو السابق. فمتى بدر لها أحدهما تعين سبقه، سواء كان من الرمي أو لا، أما في المفاضلة والمحاطة، فإذا لم يكن معلوما، لم يحصل مقصود العقد، ولم ينقطع التنازع. اهـ. ويشترط معرفة نوع الرمي.

(٤) بأن يقول: عشرون والإصابة خمسة، ونحوه، ويشترط استواؤهما في عدده، وعدد الإصابة، وصفتها، وسائر أحوال الرمي.

(٥) أي ارتفاعه، وطوله: امتداده، والعرض عكس الطول، فيعتبر ذلك، لأن الإصابة تختلف باختلافه، والغرض ما ينصب في الهدف من خشب أو غيره، سمي غرضا لأنه يقصد، ويسمى شارة.." [1]

"وقد منعه بعضهم، ورده غيره(١) (أسباب الإرث) وهو انتقال مال الميت إلى حى بعده، ثلاثة(٢):

أحدها: (رحم) أي قرابة، قربت أو بعدت(٣) قال تعالى ﴿ وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض ﴾ (٤).

(و) الثاني (نكاح) وهو عقد الزوجية الصحيح(٥) قال تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) الآية(٦)

---

(١) أي تسمية الفرضي «فرائضيا» منعه بعض أهل العلم، ورده غيره، فأجاز تسميته فرائضيا، ويبدأ من تركة الميت بمؤنة تجهيزه، ثم تقضى ديونه، ثم تنفذ وصاياه من ثلثه، ثم يقسم ما بقي على الورثة.

(٢) فقط، فلا يرث ولا يورث بغيرها، كالموالاة، والمعاقدة، والمحالفة، وإسلامه على يديه، والتقاطه، ونحو ذلك، لحديث «إنما الولاء لمن أعتق» واختار الشيخ أنه يورث بها عند عدم الرحم، والنكاح، والولاء، والأسباب جمع سبب، وهو لغة: ما يتوصل به إلى غيره، واصطلاحا: ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته.

(٣) وتشمل أصولا، وفروعا، وحواشي، فالأصول الأبوة والجدودة، وإن علوا، والفروع الأولاد، وأولاد البنين وإن نزلوا، والحواشى الإخوة، وبنوهم وإن نزلوا، والعمومة، وإن علوا، وبنوهم وإن نزلوا.

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٤٥/٩

(٤) فدلت على التوارث بالقرابة، مع ما يأتي من الآيات، والأحاديث، والإجماع.

(٥) ولو لم يحصل وطء ولا خلوة، ويتوارث به الزوجان من الجانبين، وفي عدة الطلاق الرجعي إجماعا، ولا ميراث بالنكاح الفاسد، لأن **وجوده كعدمه**.

(٦) وتمامها ﴿ إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين ﴾ فدلت على التوارث بالنكاح.." [١]

"(ومع وجود ولد) وارث(١) (أو ولد ابن) وارث (وإن نزل) ذكرا كان أو أنثى، واحدا أو متعددا (الربع)(٢) لقوله تعالى ﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد (٣)فإن كان لهن ولد فلكم الربع ﴾ (٤) (وللزوجة فأكثر نصف حاليه فيهما)(٥) فلها الربع مع عدم الفرع الوراث(٦) وثمن معه(٧) لقوله تعالى ﴿ ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد (٨)

---

(١) ومن قام به مانع قتل، أو رق، أو اختلاف دين، **فوجوده كعدمه**.

(٢) إجماعا، سواء كان الولد منه أو من غيره.

(٣) أي إن متن عن غير ولد، ذكرا كان أو أنثى، واحدا أو متعددا، فللزوج النصف ﴿ من بعد وصية يوصين بها أو دين ﴾ وفي حديث زيد: قضى له بالنصف.

(٤) ﴿ مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ﴾ وحكم أولاد البنين حكم أولاد الصلب بلا نزاع.

(٥) أي نصف حالته مع عدم الفرع الوارث، ونصف حالته مع وجود الفرع الوارث.

(٦) وهو أولاد الميت، أو أولاد بنيه إجماعا.

(٧) أي ولها الثمن مع وجود أولاد الميت، أو أولا بنيه إجماعا.

(٨) سواء كن واحدة، أو اثنتين، أو ثلاثا، أو أربعا، بشرط عدم الفرع الوارث ﴿ من بعد وصية توصون بها أو دين ﴾ .." [٢]

"وبالأخت لأبوين إذا صارت عصبة مع البنت، أو بنت الابن(١) (و) يسقط (ولد الأم بالولد) ذكرا كان أو أنثى (وبولد الابن) كذلك (وبالأب وأبيه) وإن علا(٢) (ويسقط به) أي بأب الأب وإن علا (كل

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٧٨/١١

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٨٣/١١

ابن أخ(٣) و) كل (عم) وابنه لقربه(٤) ومن لا يرث - لرق أو قتل(٥) أو اختلاف دين - لا يحجب حرمانا ولا نقصانا(٦).

باب العصبات(٧)

---

(١) لأنها تصير بمنزلة الأخ الشقيق.

(٢) قال الموفق وغيره: أجمع على هذا أهل العلم، والأصل فيه قوله ﴿ وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ﴾ والمراد الإخوة للأم بالإجماع، والكلالة من ليس له ولد ولا والد، وتقدم.

(٣) لأبوين أو لأب بلا نزاع، لأنه أقرب وإن علا.

(٤) أي ويسقط بأب الأب وإن علا كل عم لأبوين أو لأب، وكل ابن عم لأبوين أو لأب وإن نزل، لقرب أبي الأب إلى الميت.

(٥) لا يحجب حرمانا ولا نقصانا، والرق عجز حكمي، سببه الكفر، فلا يرث الرقيق، ولا يورث، ولا يحجب، والقتل المراد به ما أوجب قصاصا، أو دية، أو كفارة، ومالا فلا.

(٦) بل **وجوده كعدمه**، لما في الصحيحين «لا يرث الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر» وعدم إرث الكافر المسلم بالإجماع، وعكسه عند الجمهور.

(٧) جمع عصبة، وهو جمع عاصب.." [١]

"روى عن علي، وابن مسعود، وأبي بن كعب، وابن عباس، وأبي موسى - رضي الله عنهم -(١) وقضى به عمر أولا(٢) ثم وقعت ثانيا فأسقط ولد الأبوين، فقال بعضهم: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حمارا أليست أمنا واحدة؟ فشرك بينهم(٣) ولذلك سميت بالحمارية(٤).

باب أصول المسائل(٥)

والعول والرد(٦)

---

(١) وإحدى الروايتين عن زيد، وهو المذهب، ومذهب أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، ومقتضى النص والقياس.

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١٠٧/١١

(٢) أي قضى بالثلث للإخوة للأم فقط، وأنه لا شيء للإخوة الأشقاء، لاستغراق الفروض المسألة.

(٣) استحسانا منه – رضي الله عنه –، من أن الأب إن لم يزدهم قربا لم يزدهم بعدا، قال ابن القيم وغيره: وقوله: هب أن أبانا كان حمارا. قول باطل، وتقدير **وجوده كعدمه** باطل، فإن الموجود لا يكون كالمعدوم، فتوريثهم خروج عن القياس، كما هو خروج عن النص.

(٤) من أجل قوله: هب أن أبانا كان حمارا. وسميت بالمشركة لقول بعض أهل العلم بتشريك الأشقاء فيها، وتسمى بالحجرية، واليمية، وغير ذلك.

(٥) يقال: أصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء إليه.

(٦) العول مصدر: عال الشيء؛ إذا زاد أو غلب، والفريضة عالت في الحساب زادت وارتفعت، فالعول زيادة في السهام، نقص في الأنصباء، لازدحام الفرائض، بحيث لا يتسع لها المال، قال الموفق وغيره: هو قول عامة الصحابة إلا ابن عباس، ولا نعلم خلافا بين فقهاء العصر في القول به.

وقال ابن القيم: أخذ به الصحابة قياسا على المفلس إذا ضاق ماله، لحديث «خذوا ما وجدتم» وهذا محض العدل، والرد نقص في السهام زيادة في أنصباء الورثة، ضد العول.." [١]

"(وإن تأخر) أي تراخى القبول (عن الإيجاب، صح ما داما في المجلس(١) ولم يتشاغلا بما يقطعه) عرفا(٢) ولو طال الفصل(٣) لأن حكم المجلس حكم حالة العقد(٤) (وإن تفرقا قبله) أي قبل القبول(٥) أو تشاغلا بما يقطعه عرفا (بطل) الإيجاب(٦) للإعراض عنه(٧).

وكذا لو جن، أو أغمي عليه قبل القبول(٨) لا إن نام(٩).

---

(١) ذكره الموفق وغيره قولا واحدا.

(٢) كما في عقود المعاوضات.

(٣) صح عقد النكاح.

(٤) بدليل صحة القبض فيما يشترط لصحته قبضه في المجلس، وبدليل ثبوت الخيار في عقود المعاوضات، جزم به الموفق وغيره.

(٥) بطل، لأنه لا يوجد معناه، فإن الإعراض قد وجد من جهته بالتفرق، فلا يكون قبولا.

(٦) وصار **وجوده كعدمه**، صححه الشارح وغيره.

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١١/١١٦

(٧) أي عن القبول، فأشبه الرد، ولا يثبت في النكاح خيار بلا خلاف، لا خيار مجلس، ولا شرط، لأنه ليس بيعا، ولا في معناه، والعوض ليس ركنا فيه، ولا مقصودا منه.

(٨) أي من صدر منه إيجاب عقد، قبل القبول لما أوجب بطل، ولو لم يحصل تفرق، ولا تشاغل، على الصحيح من المذهب، ويتوجه أن لا يبطل إذا أفاق سريعا، وكذا لو أذنت لوليها أن يزوجها ثم جنت، أو أغمي عليها، أو فسق الولي، أو حضر الأقرب قبله، بطل أيضا، لأنه لا بد من استمرار الشرط في الولي حتى يتم العقد.

(٩) أي من أوجب عقدا قبل قبوله، وحصل القبول في المجلس، والمراد نوما يسيرا، لا ينقض الوضوء، قاله الشيخ، ولا يصح تعليق النكاح على شرط مستقبل، كزوجتك ما في بطنها. أو: من في هذه الدار. أو: إن وضعت زوجتي بنتا، بخلاف الشروط الحاضرة، كزوجتك ابنتى إن كانت انقضت عدتها. وكذا تعليقه بمشيئة الله، أو: زوجتك ابنتى إن شئت.." [١]

"الشرط (الثالث الولي)(١) لقوله – صلى الله عليه وسلم –: «لا نكاح إلا بولي» رواه الخمسة إلا النسائى، وصححه أحمد، وابن معين(٢) (وشروطه) أي شروط الولي سبعة(٣) (التكليف)(٤)

---

(١) أي الشرط الثالث من شروط النكاح: الولي. وأنه لا يصح إلا بولي، نص عليه، وهو مذهب مالك، والشافعي، وجماهير العلماء، وولي المرأة هو متولي أمرها.

(٢) وذكر المناوى: أنه متواتر، وأخرجه الحاكم من نحو ثلاثين وجها، وللترمذى وغيره وصححه من حديث عائشة «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل» الحديث، فأبطله الشارع سدا لذريعة الزنا، فإن الزانى لا يعجز أن يقول للمرأة: أنكحينى نفسك بعشرة دراهم. ويشهد عليها رجلين من أصحابه أو غيرهم، فمنعها من ذلك سدا لذريعة الزنا، وقال تعالى ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ﴾ وقال ﴿ فلا تعضلوهن ﴾ قال الشافعي: هي أصرح آية في اعتبار الولي.

(٣) وإن عدمت فيه **فوجوده كعدمه.**

(٤) قال أحمد: لا يزوج الغلام حتى يحتلم، ليس له أمر، وهذا مذهب الشافعي، وأما العقل فهو شرط بلا

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٢٢٥/١١

خلاف، وسواء من لا عقل له لصغره، أو من ذهب عقله بجنون أو كبر، لا إغماء أو من يجن أحيانا.." (١)

"وهو الإمام أو نائبه(١) قال أحمد: والقاضى أحب إلي من الأمير في هذا(٢) فإن عدم الكل زوجها ذو سلطان في مكانها(٣). فإن تعذر وكلت(٤) وولي أمة سيدها ولو فاسقا(٥).

---

(١) وفي المغني والإنصاف: هو الإمام أو الحاكم، أو من فوضا إليه ذلك، وعنه: عند عدم القاضي، قال الشيخ: لأنه موضع ضرورة، وكذا قاضي البغاة وسلطانهم.

(٢) وقال في موضع – إذا لم يكن لها ولي فالسلطان – المسلط على الشيء: القاضى يقضى في الفروج والحدود، وقال: ما للوالي ولاية إنما هو القاضى، وتأول بعضهم أن الوالي أذن له في التزويج، ويحتمل أنه إذا لم يكن في موضع ولايته قاض.

(٣) ككبير قرية أو وليها، أو أمير قافلة ونحوه؛ واختاره الشيخ وغيره، وقال: إذا ادعت خلوها من الموانع، وأنها لا ولي لها زوجت، ولو لم يثبت ذلك ببينة. وقال: تزويج الأيامى فرض كفاية إجماعا، فإن أباه حاكم إلا بظلم، كطلبه جعلا لا يستحقه، صار **وجوده كعدمه**، وفي الاختيارات: وإذا تعذر من له ولاية النكاح انتقلت الولاية إلى أصلح من يوجد، ممن له نوع ولاية في النكاح، كرئيس القرية وهو المراد بالدهقان، وأمير القافلة ونحوه.

(٤) أي في ذلك المكان من يزوجها، فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل بإذنها.

(٥) أي وولي أمة في إنكاحها سيدها بلا خلاف، إذا كان من أهل ولايته، لقوله: ﴿ فانكحوهن بإذن أهلهن ﴾ ولأنه مالكها ولو كان فاسقا، فله التصرف في ماله، أو مكاتبا إن أذن له سيده في تزويج إمائه، وإن كانت امرأة فوليها ولي سيدتها كما تقدم.." (٢)

"(وإن لم تقبضه) ولا شيئا منه(١) فرض لها مهر المثل(٢) لأن الخمر ونحوه لا يكون مهرا لمسلمة، فيبطل(٣) وإن قبضت البعض، وجب قسط الباقي من مهر المثل(٤) (و) إن (لم يسم) لها مهر، (فرض لها مهر المثل)(٥) لخلو النكاح عن التسمية(٦).

فصل(٧)

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١١/٢٣٤

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١١/٢٤١

(١) بطل، ولم يحكم به.

(٢) إن كان قبل الدخول، ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول، وهو مذهب الشافعي.

(٣) ولا يكون في نكاح مسلم، ولا قيمة له في الإسلام، ويجب لها مهر المثل كالمسلمة.

(٤) أي وإن قبضت البعض من الحرام، كالخمر إذا قبضت منه بعضه قبل الإسلام، أو الترافع إلينا، وجب قسط الباقي من مهر مثلها، لاستقرار ما قبضته، وإلغاء ما لم تقبضه، وصوبه في الإنصاف، وصوب رجوعه بنصف المهر لو طلق قبل الدخول.

(٥) جزم به أحمد، والشيخ، وغيرهما، ولأنه إنما تقرر تقابض الكفار إذا كان من الطرفين، فإن كان مهر مثلها محرما، مثل أن كان عادتهم التزويج علی خمر، أو خنزير، يحتمل وجهين، إما أن يجعل **وجوده كعدمه**، وينظر في عادة أهل البلد، أو تعتبر قيمة ذلك عندهم، قال: ويتوجه إن كان بعد الدخول فإيجاب مهرها فيه نظر، فإن الذين أسلموا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في بعض أنكحتهم شغار، ولم يأمر أحد منهم بإعطاء مهر.

(٦) فوجب فيه مهر المثل كالمسلمة، لئلا تصير كالموهوبة.

(٧) أي في حكم ما إذا أسلم الزوجان معا، أو سبق أحدهما، أو أسلم وتحته أكثر من أربع، أو أختان، وغير ذلك.." [١]

"(ويفرضه) أي مهر المثل (الحاكم بقدره) بطلبها(١) لأن الزيادة عليه ميل على الزوج، والنقص منه ميل على الزوجة(٢) (وإن تراضيا قبله) أي قبل فرض الحاكم ولو على قليل (جاز)(٣) لأن الحق لا يعدوهما(٤) (ويصح) أيضا (إبراؤها من مهر المثل قبل فرضه)(٥).

---

(١) لفرضه، ولأنه إنما يفرض بدل البضع، فيقدر بقدره، كقيمة متقوم، وإن فرض لها غير الزوج والحاكم مهر مثلها فرضيته، لم يصح فرضه، ويلزمهما فرض الحاكم كحكمه، ومتى صح الفرض كان كالمسمى في العقد، في أنه ينتصف بالطلاق، ولا تجب المتعة معه، وعليه الأصحاب.

(٢) فيعتبر معرفة مهر المثل، ليتوصل إلى فرضه، وذلك بمن يساويها من جميع أقاربها، لخبر «لها مهر نسائها» كما سيأتي، وإن كانت عادتهم التخفيف على عشيرتهم، دون غيرهم، اعتبر ذلك، لأن العادة لها

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣١٤/١١

أثر في المقدار، فكذا في التخفيف، وإن كان عادتهم تسمية مهر كثير لا يستوفونه قط، **فوجوده كعدمه**، قاله الشيخ وغيره.

(٣) أي ما اتفقا عليه، وصار حكمه حكم المسمى في العقد.

(٤) فلها ما تراضيا عليه، عالمين كانا أو جاهلين بمهر مثل، لأنه إذا فرض لها كثيرا، فقد بذل لها من ماله فوق ما وجب عليه، وإن فرض لها يسيرا، فقد رضيت بدون ما وجب لها، وليس لولي محجور بذل أكثر من مهر مثل، ولا لوليها الرضى بأقل.

(٥) قبل الدخول وبعده، مفوضة البضع، ومفوضة المهر، وكذا من سمي

لها مهر فاسد، كالمجهول، لأنه واجب في هذه المواضع، وإنما جهل قدره، والبراءة من المجهول صحيحة.." [١]

"بل لها المهر كما تقدم(١) (وإذا افترقا في) النكاح (الفاسد) المختلف فيه(٢) (قبل الدخول والخلوة فلا مهر) ولا متعة(٣) سواء طلقها، أو مات عنها، لأن العقد الفاسد **وجوده كعدمه**(٤) (و) إن افترقا (بعد أحدهما) أي الدخول أو الخلوة(٥).

---

(١) في قوله: ويستقر المهر بالدخول ... الخ؛ ويجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئا، لحديث عائشة أنه صلى الله عليه وسلم أمرها أن تدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا. رواه أبو داود، ويستحب إعطاؤها قبل الدخول بها، لقوله لعلي «أعطها درعك» رواه أبو داود، وقال الزهري: مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا. وأما المتوفي عنها فلا متعة لها بلا خلاف.

(٢) أي وإذا افترق الزوجان بطلاق، أو موت، أو غيرهما، كاختلاف دين، ورضاع، في النكاح الفاسد، والمراد به عندهم هنا المختلف فيه، ومع فساده ينعقد، ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح، من وقوع الطلاق، ولزوم عدة الوفاة، والاعتداد بعد المفارقة في الحياة، ووجوب المهر المسمى فيه بالعقد، وتقرره بالخلوة، على المذهب، وغير ذلك.

(٣) لأن المهر إنما يجب بالعقد، وكذا المتعة، فتسقط في كل موضع يسقط فيه كل المهر، وتجب في كل موضع يتنصف فيه المسمى.

(٤) فلم يستحق مهرا، ولا متعة.

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٤٧/١١

(٥) أي فيجب بها المسمى، قاله بعض الأصحاب، واختار الموفق والشارح: أنه لا يستقر بالخلوة، وروي عن أحمد، وهو قول أكثر العلماء، لأن الصداق لم يجب بالعقد.." [١]

"و(إن وطئت معتدة بشبهة، أو نكاح فاسد، فرق بينهما) أي بين المعتدة الموطوءة والواطئ(١) (وأتمت عدة الأول)(٢).

سواء كانت عدته من نكاح صحيح أو فاسد، أو وطء بشبهة(٣) ما لم تحمل من الثاني، فتنقضي عدتها منه بوضع الحمل، ثم تعتد للأول(٤).

(ولا يحتسب منها) أي من عدة الأول (مقامها عند الثاني) بعد وطئه، لانقطاعها بوطئه(٥).

(ثم) بعد اعتدادها للأول (اعتدت للثاني)(٦) لأنهما حقان اجتمعا لرجلين، فلم يتداخلا(٧) وقدم أسبقهما كما لو تساويا في مباح غير ذلك(٨).

---

(١) لأن العقد الفاسد، **وجوده كعدمه.**

(٢) لأن سببها سابق على الوطء المذكور.

(٣) يجب أن تتم عدة الأول، لأن عدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح.

(٤) وإنما انقضت عدتها من الثاني، من أجل وضع الحمل، كما لو وضعت من الأول.

(٥) وإنما ابتداؤها من التفريق بينهما.

(٦) لخبر مالك، عن عمر: أنه ضربهما وفرق بينهما، وقال: أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها، لم يدخل بها، يفرق بينهما ثم تعتد بقية عدتها من زوجها الأول، ثم تعتد من الآخر، ولا ينكحها أبدا ولمالك عن علي أنه قضى في التي تزوج في عدتها، أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها، وتكمل ما أفسدت من عدة الأول، وتعتد من الآخر، قال الموفق: لم يعرف لهما في الصحابة مخالف.

(٧) كالدينين واليمينين، ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء، فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين، كالزوجة.

(٨) أي فإنه يقدم الأسبق، إذ هو الأحق للنصوص في ذلك وتقدم.." [٢]

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٥٣/١١

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٦٤/١٣

"فإن اختار أباه كان عنده ليلا ونهارا(١) ولا يمنع زيارة أمه(٢) وإن اختارها كان عندها ليلا، وعند أبيه نهارا(٣) ليعلمه ويؤدبه(٤) وإن عاد فاختار الآخر نقل إليه ثم إن اختار الأول نقل إليه وهكذا(٥) فإن لم يختر أو اختارهما أقرع(٦) (ولا يقر) محضون (بيد من لا يصونه ويصلحه) لفوات المقصود من الحضانة(٧)

---

(١) ليحفظه ويعلمه ويؤدبه.

(٢) لأن فيه إغراء له بالعقوق، وقطيعة الرحم، فيزورها على العادة.

(٣) أي كان الغلام عند أمه ليلا، لأنه وقت السكن، وانحياز الرجال إلى المساكن وكان عند الأب نهارا، لأنه وقت التصرف في الحوائج، وعمل الصنائع.

(٤) لأن ذلك هو القصد في حفظ الولد.

(٥) لأن هذا اختيار تشه، وقد يشتهي أحدهما في وقت دون آخر، فاتبع فيما يشتهيه.

(٦) لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، ثم إن اختار غير من قدم بالقرعة رد إليه، كما لو اختاره ابتداء، ولا يخير إذا كان أحد أبويه ليس من أهل الحضانة وتعين أن يكون عند الآخر، لأن من ليس من أهل الحضانة **وجوده كعدمه**.

(٧) أي يصونه عما يفسد أخلاقه، ويصلح تربيته بعمل مصالحه، قال:

الشيخ وابن القيم، وغيرهما التخيير والقرعة، لا يكونان إلا إذا حصلت به مصلحة الولد، وكون كل من الوالدين نظير الآخر، فلو كانت الأم أصون من الأب وأغير منه، قدمت عليه، ولا التفات إلى قرعة، ولا اختيار الصبي في هذه الحالة، فإن الصبي ضعيف العقل، يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك، فلا التفات إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له، ولا تحتمل الشريعة غير هذا.

والنبي صلى الله عليه وسلم قال: «مروهم بالصلاة لسبع، واضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع » والله يقول: ﴿ قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة ﴾ فإذا كانت الأم تتركه في المكتب، أو تعلمه القرآن والصبي يؤثر اللعب، ومعاشرة أقرانه، وأبوه يمكنه من ذلك فإنها أحق به، ولا تخيير ولا قرعة، وكذلك العكس.." (١)

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١٤٢/١٣

"(أو) حلف (لا يأكل بيضا، فأكل ناطفا لم يحنث)(١) لأن ما أكله لا يسمى سمنا، ولا بيضا(٢).

(وإن ظهر طعم شيء من المحلوف عليه) فيما أكله (حنث)

لأكله المحلوف عليه(٣).

فصل(٤)

(١) أو حلف لا يأكل شحما، فأكل اللحم الأحمر، لم يحنث.

(٢) ولا شحما فلم يحنث، لأن المستهلك في الشيء **وجوده كعدمه**.

(٣) كما لو أكله منفردا وذلك كظهور السمن في الخبيص أو البيض في الناطف ونحو ذلك، ولو حلف لا يشارك فلانا، ففسخا الشركة، وبقيت بينهما ديون مشتركة، أوأعيان فقال الشيخ: تنحل اليمين بانفساخ عقد الشركة.

وإن حلف لا يشم وردا، ولا بنفسجا، فشم دهنهما أو ماء الورد، فقال الشيخ: يتوجه أن يحنث بالماء دون الدهن، وكذلك ماء البان، والينوفر، لأن الماء، هو الحامل لرائحة الورد، ورائحته فيه، بخلاف شجره، فإنه يضاف إلى الورد، ولا تظهر فيه الرائحة كثيرا.

(٤) أي في حكم من فعل شيئا، ناسيا أو مكرها، أو فعل بعض المحلوف عليه، أو على من لا يمتنع بيمينه وغير ذلك.." [١]

" فصل : حكم من صلى ثم شك في نسيان فرض من الوضوء

فصل : وإذا توضأ وصلى الظهر ثم أحدث وتوضأ وصلى العصر ثم علم أنه ترك مسح رأسه أو واجبا في الطهارة في أحد الوضوءين لزمه إعادة الوضوء والصلاتين معا لأنه تيقن بطلان إحدى الصلاتين لا بعينها وكذا لو ترك واجبا في وضوء إحدى الصلوات الخمس ولم يعلم عينه لزمه إعادة الوضوء والصلوات الخمس لأنه يعلم أن عليه صلاة من خمس لا يعلم عينها فلزمه كما لو نسي صلاة في يوم لا يعلم عينها وإن كان الوضوء تجديدا لا عن حدث وقلنا ك إن التجديد لا يرفع الحدث فكذلك لأن **وجوده كعدمه** وإن قلنا : يرفع الحدث لم يلزمه إلا الأولى لأن الطهارة الأولى إن كانت صحيحة فصلاته كلها صحيحة لأنها باقية لم تبطل بالتجديد وإن كانت غير صحيحة فقد ارتفع الحدث بالتجديد ." [٢]

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ١٣/٤٣٥

(٢) المغني، ١/١٢٥

" مسألة : انتقاض الوضوء بأكل لحم الإبل

مسألة : قال : وأكل لحم الجزور

وجملة ذلك أن أكل لحم الإبل ينقض الوضوء على كل حال نيئا ومطبوخا عالما أو جاهلا وبهذا قال جابر بن سمرة و محمد بن إسحاق و إسحاق و أبو خيثمة و يحيى و ابن المنذر وهو أحد قولي الشافعي قال الخطابي ذهب إلى هذا عامة أصحاب الحديث وقال الثوري و مالك و الشافعي وأصحاب الرأي لا ينقض الوضوء بحال لأنه روي عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : [الوضوء مما يخرج لا مما يدخل] وروي عن جابر قال : كان آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه و سلم ترك الوضوء مما مست النار رواه أبو داود ولأ ه مأكول أشبع سائر المأكولات وقد روي عن أبي عبد الله أنه قال في الذي يأكل من لحوم الإبل : إن كان لا يعلم ليس عليه وضوء فإن كان الرجل قد علم وسمع فهذا عليه واجب لأنه قد علم فليس هو كمن لا يعلم ولا يدري قال الخلال : وعلى هذا استقر قول أبي عبد الله في هذا الباب

ولنا ما [روى البراء بن عازب قا ل : سئل رسول الله صلى الله عليه و سلم عن لحوم الإبل فقال : توضؤ وأمنها] وسئل عن لحوم الغنم فقال : [لا يتوضأ منها] رواه مسلم و أبو داود وروى جابر بن سمرة عن النبي صلى الله عليه و سلم مثله أخرجه مسلم وروى الإمام أحمد بإسناده عن أسيد بن حضير قال : [قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : توضؤوا من لحوم الإبل ولا تتوضؤوا من لحوم الغنم]

وروى ابن ماجة عن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه و سلم مثل ذلك قال أحمد و إسحاق و ابن راهويه فيه حديثان صحيحان عن النبي صلى الله عليه و سلم حديث البراء وحديث جابر بن سمرة وحديثهم عن ابن عباس لا أصل له وإنما هو من قول ابن عباس موقوف عليه ولو صح لوجب تقديم حديثنا عليه لكونه أصح منه وأخص والخاص يقدم على العام وحديث جابر لا يعارض حديثنا أيضا لصحته وخصوصه فإن قيل فحديث جابر متأخر فيكون ناسخا قلنا لا يصح النسخ به لوجةه أربعة : أحدها أن الأمر بالوضوء من لحوم الإبل متأخر عن نسخ الوضوء مما مست النار أو مقارن له بدليل أنه قرن الأمر بالوضوء من لحوم الإبل بالنهي عن الوضوء من لحوم الغنم وهي مما مست النار فإما أن يكون النسخ حصل بهذا النهي وإما أن يكون قبله فإن كان به والأمر بالوضوء من لحوم الإبل مقارن لنسخ الوضوء مما غيرت النار فكيف يجوز أن يكون منسوخا به ومن شروط النسخ تأخر الناسخ وإن كان الناسخ قبله لم يجز أن ينسخ بما قبله

الثاني : إن أكل لحوم الإبل إنما نقض لكونه من لحوم الإبل لا لكونه مما مست النار ولهذا ينقض وإن كان شيئا نيئا فنسخ إحدى الجهتين لا يثبت به نسخ الجهة الأخرى كما لو حرمت المرأة للرضاع ولكونها ربيبة فنسخ التحريم بالرضاع لم يكون نسخا لتحريم الربيبة

الثالث : إن خبرهم عام وخبرنا خاص والعام لا ينسخ به الخاص لأن من شروط النسخ تعذر الجمع والجمع بين الخاص والعام ممكن بتنزيل العام ما عدا محل التخصيص : الرابع : إن خبرنا صحيح مستفيض ثبتت له قوة الصحة والاستفاضة والخصوص وخبرهم ضعيف لعدم هذه الوجوه الثلاثة فيه فلا يجوز أن يكون ناسخا له فأن قيل الأمر بالوضوء في خبركم إذا أضيف إلى الطعام فتحمله عليه ويحتمل أنه أراد بالوضوء قبل الطعام وبعده غسل اليدين لأن الوضوء إذا أضيف إلى الطعام اقتضى غسل اليد كما كان عليه السلام يأمر بالوضوء قبل الطعام وبعده وخص ذلك بلحم الإبل لأن فيه من الحرارة والزهومة ما ليس في غيره قلنا أما الأول فمخالف للظاهر من ثلاثة أوجه أحدها أن مقتضى الأمر الوجوب الثاني أن النبي صلى الله عليه و سلم سئل عن حكم هذا اللحم فأجاب بالأمر بالوضوء منه فلا يجوز حمله على غير الوجوب لأنه يكون تلبيسا على السائل لا جوابا الثالث : أنه عليه السلام قرنه بالنهي عن الوضوء من لحوم الغنم والمراد بالنهي ههنا نفي الإيجاب لا التحريم فيتعين حمل الأمر على الإيجاب ليحصل الفرق

وأما الثاني فلا يصح لوجوه أربعة أحدها أنه يلزم منه حمل الأمر على الاستحباب فإن غسل اليد بمفرده غير واجب وقد بينا فساده الثاني : أن الوضوء إذا جاء في لسان الشارع وجب حمله على الموضوع الشرعي دون اللغوي لأن الظاهر منه أنه إنما يتكلم بموضوعاته : الثالث : أنه خرج لسؤال السائل عن حكم الوضوء من لحومها والصلاة في مباركها فلا يفهم من ذلك سوى الوضوء المراد للصلاة الرابع : أنه لو أراد غسل اليد لما فرق بيه وبين لحم الغنم فإن غسل اليد منهما مستحب ولهذا قال : [من بات وفي يده ريح غمر فأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه] وما ذكروه من زيادة الزهومة فأمر يسير لا يقتضي التفريق والله أعلم ثم لا بد من دليل تصرف به اللفظ عن ظاهره ويجب أن يكون الدليل له من القوة بقدر قوة الظواهر المتروكة وأقوى منها وليس لهم دليل وقياسهم فاسد فإنه طردي لا معنى فيه وانتفاء الحكم في سائر المأكولات لانتفاء المقتضى لا لكونه مأكولا فلا أثر لكونه مأكولا **ووجوده كعدمه**

ومن العجب أن مخالفينا في هذا المسألة أوجبوا الوضوء بأحاديث ضعيفة تخالف الأصول ف أبو حنيفة أوجبه بالقهقهة في الصلاة دون خارجها بحديث من مراسيل أبي العالية و مالك و الشافعي أوجباه

بمس الذكر بحديث مختلف فيه معارض بمثله دون مس بقية الاعضاء وتركوا هذا الحديث الصحيح لا معارض له مع بعده عن التأويل وقوة الدلالة فيه لمخالفته لقياس طردي ." (١)

" معنى النية

فصل : ومعنى النية القصد وهو اعتقاد القلب فعل شيء وعزمه عليه من غير تردد فمتى خطر بقلبه في الليل أن غدا من رمضان وأنه صائم فيه فقد نوى وإن شك في أنه من رمضان ولم يكمن له أصل يبني عليه مصل أن يكون ليلة الثلاثين من شعبان ولم يحل دون مطلع الهلال غيم ولا قتير فعزم أن يصوم غدا من رمضان لم تصح النية ولا يجزئه صيام ذلك اليوم لأن النية قصد تتبع العلم وما لا يعلمه ولا دليل على وجوده ولا هو على ثقة من اعتقاده لا يصح قصده وبهذا قال حماد و ربيعة و مالك و ابن أبي ليلى و الحسن بن صالح و ابن المنذر وقال الثوري و الأوزاعي يصح إذا نواه من الليل لأنه نوى الصيام من الليل فصح كاليوم الثاني وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا أنه لم يجز النية بصومه من رمضان فلم يصح كما لو لم يعلم إلا بعد خروجه وكذلك لو بنى على قول المنجمين وأهل المعرفة بالحساب فوافق الصواب لم يصح صومه وإن كثرت إصابتهم لأنه ليس بدليل شرعي يجوز البناء عليه ولا العمل به فكان **وجوده كعدمه** [قال النبي صلى الله عليه و سلم صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته] وفي رواية : [لا تصوموا حتى تروه ولا تفطروا حتى تروه] فأما ليلة الثلاثين من رمضان فتصح نيته وإن احتمل أن يكون من شوال لأن الأصل بقاء رمضان وقد أمر النبي صلى الله عليه و سلم بصومه بقوله : [ولا تفطروا حتى تروه] لكن إن قال : إن كان غدا من رمضان فأنا صائم وإن كان من شوال فأنا مفطر قال ابن عقيل : لا يصح صومه لأنه لم يجزم بنية الصيام والنية اعتقاد جازم ويحتمل أن يصح لأن هذا شرط واقع والأصل بقاء رمضان ." (٢)

" بيع اللحم باللحم وبالحيوان واللبن باللبن ومشتقاته

مسألة : قال : وسائر اللحمان جنس واحد

أراد جميع اللحم وجمعه – وهو اسم جنس – لاختلاف أنواعه ظاهر كلام الخرقي أن اللحم كله جنس واحد وذكره أبو الخطاب و ابن عقيل رواية عن أحمد وهو قول أبي ثور وأحد قولي الشافعي وأنكر القاضي أبو يعلى كون هذا رواية عن أحمد وقال : الأنعام والوحوش والطير ودواب الماء أجناس يجوز

---

(١) المغني، ٢١١/١

(٢) المغني، ٢٤/٣

التفاضل فيها رواية واحدة وإنما في اللحم روايتان إحداهما : أنه أربعة أجناس كما ذكرنا وهو مذهب مالك إلا أنه يجعل الأنعام والوحش جنسا واحدا فيكون عنده ثلاثة أصناف والثانية : أنه أجناس باختلاف أصوله وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهي أصح لأنها فروع أصول هي أجناس فكانت أجناسا كالأدقة والأخباز وهذا اختيار ابن عقيل واختيار القاضي أنها أربعة أجناس وحمل كلام الخرقي عليها واحتج بأن لحوم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد إلى أكلها فكانت أجناسا وهذا ضعيف جدا لأن كونها أجناسا لا يوجب حصرها في أربعة أجناس ولا نظير لهذا فيقاس عليه ولا يصح حمل كلام الخرقي عليه لعدم احتمال لفظه له وتصريحه في الأيمان بأنه إذا حلف لا يأكل لحما فأكل من لحم الأنعام أو الطائر أو السمك حنث فيتعين حمل كلامه على عمومه في أن جميع اللحم جنس لأنه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنسا واحدا كالطلع والصحيح أنه أجناس باختلاف أصوله وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندي والتمر البرني وعسل القصب وعسل النحل وغير ذلك فعلى هذا لحم الإبل كله صنف بخاتيها وعرابها والبقر عرابها وجواميسها صنف والغنم ضأنها ومعزها صنف ويحتمل أن يكونا صنفين لأن الله تعالى سماها في الأزواج الثمانية فقال : ﴿ ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين ﴾ ففرق بين الإبل والبقر فقال : ﴿ ومن الإبل اثنين ومن البقر اثنين ﴾ والوحش أصناف بقرها صنف وغنمها صنف وظباؤها صنف وكل ماله اسم يخصه فهو صنف والطيور أصناف كل ما انفراد باسم وصفة فهو صنف فيباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلا ومتماثلا ويباع بصفة متماثلا ومن جعلها صنفا واحدا لم يجز عنده بيع لحم بلحم إلا متماثلا

مسألة : قال : ولا يجوز بيع بعضه ببعض رطبا ويجوز إذا تناهى جفافه مثلا بمثل

اختار الخرقي أنه لا يباع بعضه ببعض إلا في حال جفافه وذهاب رطوبته كلها وهو مذهب الشافعي وذهب أبو حفص في شرحه إلى هذا قال القاضي والمذهب جواز بيعه ونص عليه وقوله في الرطب بالرطب بجواز البيع ينبه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كماله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يبسه فجرى مجرى اللبن بخلاف الرطب فإن حال كماله ومعظم نفعه في حال يبسه فإذا جاز فيه البيع ففي اللحم أولى ولأنه وجد التماثل فيهما في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فجاز كبيع اللبن باللبن فأما بيع رطبه بيابسه أو نيئه بمطبوخه أو مشويه فغير جائز لانفراد أحدهما بالنقص في الثاني فلم يجز كالرطب بالتمر

فصل : قال القاضي : ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا منزوع العظام كما لا يجوز بيع العسل بالعسل إلا بعد التصفية وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الإباحة من غير نزع عظامه ولا جفافه قال في رواية حنبل : إذا صار إلى الوزن مثلا بمثل رطلا برطل فاطلق ولم يشترط شيئا وذلك لأن العظم تابع للحم بأصل الخلقة فلم يشترط نزعه كالنوى في التمر وفارق العسل من حيث إن اختلاف الشمع بالعسل من فعل النحل لا من أصل الخلقة

فصل : واللحم والشحم جسنان والكبد صنف والطحال صنف والقلب صنف والمخ صنف ويجوز بيع كل صنف بصنف آخر متفاضلا وقال القاضي : لا يجوز بيع اللحم بالشحم وكره مالك ذلك إلا أن يتماثلا وظاهر المذهب إباحة البيع فيهما متماثلا ومتفاضلا وهو قول أبي حنيفة و الشافعي لأنهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة وإن منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح لأن الشحم لا يظهر وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ثم لا يصح هذا عند القاضي لأن السمين الذي يكون مع اللحم لحم عنده فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم وذكر القاضي أن اللحم الأبيض الذي على ظاهر اللحم الأحمر هو الأحمر جنس واحد وإن الألية والشحم جنسان وظاهر كلام الخرقي خلاف هذا لقوله أن اللحم لا يخلو من شحم ولو لم يكن هذا شحما لم يختلط لحم بشحم فعلى قوله كل أبيض في الحيوان يذوب بالإذابة ويصير دهنا فهو جنس واحد وهذا أصح لقول تعالى : ﴿ حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما ﴾ فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم ولأنه يشبه الشحم في ذوبه ولونه مقصده فكان شحما كالذي في البطن

فصل : وفي اللبن روايتان إحداهما : هو جنس واحد لما ذكرنا في اللحم والثانية : هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم وهذا مذهب الشافعي وبه قال مالك لأن الأنعام كلها جنس واحد وقال ابن عقيل : لبن البقر الأهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لأن اسم البقر يشملهما وليس بصحيح لأن لحمها جنسان فكان لبنها جنسين كالإبل والبقر ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا وكيف شاء يدا بيد وبجنسه متماثلا كيلا قال القاضي : هو مكيل لا يباع إلا بالكيل لأنه العادة فيه ولا فرق بين أن يكونا حليبين أو حامضين أو أحدهما حليب والآخر حامض لأن تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة والرداءة وإن شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه لأن معه من غير جنسه ليغير مصلحته

فصل : ويتفرع من اللبن قسمان ما ليس فيه غيره كالزبد والسمن والمخيض واللبأ وما فيه غيره وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن لأنه مستخرج من اللبن فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه كالحيوان باللحم والسمسم بالشيرج وهذا مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يجوز بيع اللبن بالزبد إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا ومنع جوازه متماثلا قال القاضي : وهو الرواية لا تخرج على المذهب لأن الشيئين إذا دخلهما الربا لم يجز بيع أحدهما بالآخر ومعه من غير جنسه كمدة عجوة ودرهم بمدين والصحيح أن هذه الرواية دالة على جواز البيع في مسألة مدة عجوة وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها لكنها مخالفة لظاهر المذهب والحكم في السمن كالحكم في الزبد وأما اللبن بالمخيض الذي فيه زبده فلا يجوز نص عليه أحمد فقال : اللبن بالمخيض لا خير فيه ويتخرج الجواز كالتي قبلها وأما اللبن باللبأ فإن كان قبل أن تمسه النار جاز متماثلا لأنه لبن بلبن وإن مسته النار لم يجز وذكر القاضي وجها أنه يجوز وليس بصحيح لأن النار عقدت أجزاء أحدهما وذهبت ببعض رطوبته فلم يجز بيعه بما لم تمسه النار كالخبز بالعجين والمقلية بالنيئة وهذا مذهب الشافعي وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه فما فيه خلط من غير اللبن كالكشك والكامخ ونحوهما لا يجوز بيعه بنوعه ولا بغيره لأنه مختلط بغيره فهو كمسألة مد عجوة وما ليس فيه غيره أو فيه غيره إلا أن ذلك الغير لمصلحته فيجوز بيع كل نوع منه بعضه ببعض إذا تساويا في النشافة والرطوبة فيبيع المخيض بالمخيض واللبأ باللبأ والجبن بالجبن والمصل بالمصل والاقط بالاقط والزبد بالزبد والسمن بالسمن متساويا ويعتبر التساوي بين الاقط بالاقط بالكيل لأنه قدر بالصاع في صدقة الفطر وهو يشبه المكيلات وكذلك المصل والمخيض ويباع الخبز بالخبز بالوزن لأنه موزون ولا يمكن كيله فأشبه الخبز وكذلك الزبد والسمن ويتخرج أن يباع السمن بالكيل ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ويحتمل كلام الخرقي أن لا يباع رطب من ذلك برطب كاللحم وأما بيع ما نزع من اللبن بنوع آخر كالزبد والسمن والمخيض فظاهر المذهب أنه يجوز بيع الزبد والسمن بالمخيض مماثلا ومتفاضلا لأنهما جنسان وذلك لأنهما شيئان من أصل واحد أشبها اللحم بالشحم وممن أجاز بيع الزبد بالمخيض الثوري و الشافعي و إسحاق ولأن اللبن الذي في الزبد غير مقصود وهو يسير فأشبه الملح في الشيرج وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز لخلو السمن من المخيض ولا يجوز بيع الزبد بالسمن لأن في الزبد لبنا يسيرا ولا شيء في السمن فيختل التماثل ولأنه مستخرج من الزبد فلم يجز بيعه به كالزيتون بالزيت وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي : عندي يجوز لأن اللبن في الزبد غير مقصود **فوجوده كعدمه** ولذلك جاز بيعه بالمخيض وبزبد مثله وهذا

لا يصح لأن التماثل واجب بينهما وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز بيعه به كتمر منزوع النوى بتمر فيه نواه ولأن أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر فأشبه الرطب بالتمر والعنب بالزبيب وكل رطب بيابس من جنسه ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والمخيض بشيء من أنواع اللبن كالجبن واللبأ ونحوهما لأنه هذه الأنواع لم ينتزع منها شيء فيكون حكمها حكم اللبن الذي فيه زبده فلم يجز بيعها بها كبيع اللبن بها وأما بيع الجبن بالاقط فلا يجوز مع رطوبتهما أو رطوبة أحدهما كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر وإن كانا يابسين احتمل أن لا يجوز أيضا لأن الجبن موزون والاقط مكيل فلم يجزز بيع أحدهما بالآخر كالخبز بالدقيق ويحتمل الجواز إذا تماثلا كبيع الخبز بالخبز

مسألة : قال : ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه وهو مذهب مالك و الشافعي وقول فقهاء المدينة السبعة وحكي عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم ويجوز بغيره وقال أبو حنيفة : يجوز مطلقا لأنه باع مال الربا بما لا ربا فيه أشبه بيع اللحم بالدراهم أو بلحم من غير جنسه ولنا ما [روي أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان] رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه و سلم قال ابن عبد البر : هذا أحسن أسانيده و [روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه نهى أن يباع حي بميت] ذكره الإمام أحمد وروي عن ابن عباس أن جزورا نحرت فجاء رجل بعناق فقال أعطوني جزاء بهذا العناق فقال أبو بكر : لا يصلح هذا قال الشافعي لا أعلم مخالفا لأبي بكر في ذلك وقال أبو الزناد وكل من ادركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان ولأن اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع السمسم بالشيرج وبهذا فارق ما قاسوا عليه وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد و الخرقي أنه لا يجوز فإن أحمد سئل عن بيع الشاة باللحم فقال : لا يصح لأن النبي صلى الله عليه و سلم نهى أن يباع حي بميت واختار القاضي جوازه و للشافعي فيه قولان واحتج من منعه بعموم الأخبار وبأن اللحم كله جنس واحد ومن أجازه قال : مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه فجاز كما لو باعه بالأثمان وإن باعه بحيوان غير مأكول اللحم جاز في ظاهر قول أصحابنا وهو قول عامة الفقهاء ." (١)

" بيع الربوي مضمونا إلى غيره بربوي من جنسه أو ما كان مشتملا على جنسين من أصله

---

(١) المغني، ٤/١٥٥

فصل : وإن باع شيئا فيه الربا بعضه ببعض ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد ودرهم أو بمدين أو بدرهمين أو باع شيئا محلى بجنس حليته فهذه المسألة تسمى مسألة مد عجوة والمذهب أنه لا يجوز ذلك نص على ذلك أحمد في مواضع كثيرة وذكره قدماء الأصحاب قال ابن أبو موسى : في السيف المحلى بالمنطقة والمراكب المحلاة بجنس ما عليها لا يجوز قولا واحد وروي هذا عن سالم ابن عبد الله و القاسم بن محمد و شريح و ابن سيرين وبه قال الشافعي و إسحاق و أبو ثور وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه فإن مهنا نقل عن أحمد في بيع الزبد باللبن يجوز إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن وروى حرب قال : قلت لأحمد دفعت دينارا كوفيا ودرهما وأخذت دينارا شاميا وزنهما سواء لكن الكوفي أوضع قال : لا يجوز إلا أن ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضه وكذلك روى عنه محمد بن أبي حرب الجرجرائي وروي الميموني أنه سأله لا يشتري السيف والمنطقة حتى يفصلها ؟ فقال : لا يشتريها حتى يفصلها إلا أن هذا أهون من ذلك لأنه قد يشتري أحد النوعين بالآخر يفصله وفيه غير النوع الذي يشتري به فإذا كان من فضل الثمن إلا أن من ذهب إلى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله قيل له فما تقول أنت ؟ قال : هذا موضع نظر وقال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسيبية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم ؟ قال : لا أقول فيه شيئا قال أبو بكر : روى هذه المسألة عن أبي عبد الله خمسة عشر نفسا كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل إلا الميموني ونقل مهنا كلاما آخر وقال حماد بن أبي سليمان و أبو حنيفة : يجوز هذا كله إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه وقال الحسن : لا بأس ببيع السيف المحل بالفضة بالدراهم وبه قال الشعبي و النخعي واحتج من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد لأنه لو اشترى لحما من قصاب جاز مع احتمال كونه غير ميتة ولكن وجب حمله على أنه مذكى تصحيحا للعقد ولو اشترى من إنسان شيئا جاز مع احتمال كونه غير ملكه ولا إذن له في بيعه تصحيحا للعقد أيضا وقد أمكن التصحيح ههنا بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل

ولنا ما [روى فضالة بن عبيد قال : أتي النبي صلى الله عليه و سلم بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي صلى الله عليه و سلم : لا حتى تميز بينهما قال : فرده حتى ميز بينهما] رواه أبو داود وفي لفظ رواه مسلم قال : [فأمر رسول الله صلى الله عليه و سلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه و سلم : الذهب بالذهب وزنا بوزن]

ولأن العقد إذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه فإذا اختلفت القيمة اختلفت ما يأخذه من العوض بيانه أنه إذا اشترى عبدين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثها فلو رد أحدهما بعيب رده بقسطه من الثمن ولذلك إذا اشترى شقصا وسيفا بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن فإذا فعلنا هذا فيمن باع درهما ومدا قيمته درهمان بمدين قيمتهم، ثلاثة حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث فهذا إذا تفاوتت القيم ومع التساوي يجهل ذلك لأن التقويم ظن وتخمين والجهل بالتساوي كالعلم بعدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والخرص وقولهم يجب تصحيح العقد ليس كذلك بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد ولذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلاد نقود بطل ولم يحمل على نقد أقرب البلاد إليه أما إذا اشترى من إنسان شيئا فإنه يصح لأن الظاهر أنه ملكه لأن اليد دليل الملك وإذا باع لحما فالظاهر أنه مذكى لأن المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة

فصل : فأما إن باع نوعين مختلفي القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس كدينار مغربي ودينار سابوري بدينارين مغربيين أو دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين أو قراضتين أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء أو تمرا برنيا ومعقليا بابرحيمي فإنه يصح قال أبو بكر وأومأ إليه أحمد واختار القاضي أبو يعلى أن الحكم فيها كالتي قبلها وهو مذهب مالك و الشافعي لأن العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا وروي عن أحمد منع ذلك في النقد وتجويزه في الثمن نقله أحمد بن القاسم لأن الأنواع في غير الأثمان يكثر اختلافهما ويشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الأثمان

ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم : [الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل] وهذا يدل على إباحة البيع عند وجود المماثلة المراعية وهي المماثلة في الموزون وزنا وفي المكيل كيلا ولأن الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قوبل بجنسه فيما لو اتحد النوع في كل واحد من الطرفين فكذلك إذا اختلفا واختلاف القيمة ينبني على الجودة والرداءة ولأنه باع ذهبا بذهب متساويا في الوزن فصح كما لو اتفق النوع وإنما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل ما لو باع نوعا يشتمل على جيد ورديء

فصل : وإن باع ما فيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس ما بيع به إلا أنه غير مقصود كدار مموه سقفها بالذهب جاز لا أعلم فيه خلافا وكذلك لو باع دارا بداره مموه سقف كل واحدة منها بذهب أو فضة جاز لأن ما فيه الربا غير مقصود بالبيع **فوجوده كعدمه** وكذلك لو اشترى عبدا له مال فاشترط ماله

وهو من جنس الثمن جاز إذا كان المال غير مقصود ولو اشترى عبدا بعبد واشترط كل واحد منهما مال العبد الذي اشتراه جاز إذا لم يكن ماله مقصودا لأنه غير مقصود بالبيع فأشبه التمويه في السقف ولذلك لا تشترط رؤيته في صحة البيع ولا لزومه وإن باع شاة ذات لبن بلبن أو عليها صوف بصوف أو باع لبونا بلبون وذات صوف بمثلها ففيه وجهان أحدهما : الجواز اختاره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة لأن ما فيه الربا غير مقصود فلم يمنع كالدار المموه سقفها والثاني : المنع وهو مذهب الشافعي لأنه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه أشبه الحيوان باللحم والفرق بينهما أن اللحم في الحيوان مقصود بخلاف اللبن ولو كانت الشاة محلوبة اللبن جاز بيعها بمثلها وباللبن وجها واحدا لأن اللبن لا أثر له ولا يقابله شيء من الثمن فأشبه الملح في الشيرج والخبز والجبن وحبات الشعير في الحنطة ولا نعلم فيه أيضا خلافا وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر ففيه أيضا وجهان أحدهما : الجواز اختاره أبو بكر لأن التمر غير مقصود بالبيع والثاني : لا يجوز ووجه الوجهين ما ذكرناه في المسألة قبلها واختار القاضي أنه لا يجوز وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح إفراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته وما لا يمنع وإن جاز إفراده كمال العبد

فصل : وإن باع جنسا فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فذلك ينقسم أقساما أحدها : أن يكون غير المقصود يسيرا لا يؤثر في كيل ولا وزن كالملح فيما يعمل فيه وحبات الشعير في الحنطة فلا يمنع لأنه يسير لا يخل بالتماثل وكذلك لو وجد في أحدهما دون الآخر لم يمنع لذلك ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه مثل أن يبيع الخبز بالملح جاز لأن وجود ذلك كعدمه الثاني : أن يكون غير المقصود كثيرا إلا أنه لمصلحة المقصود كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر فهذا يجوز بيع الشيء منه بمثله ويتنزل خلطه منزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلا يمنع من بيعه بما يماثله كالرطب بالرطب ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لإفضائه إلى التفاضل فجرى مجرى بيع التمر بالرطب ومنع الشافعي ذلك لكل إلا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج الثالث : أن يكون غير مقصود كثيرا وليس من مصلحته كاللبن المشوب بالماء والأثمان المغشوشة بغيرها فلا يجوز بيع بعضها ببعض لأن خلطه ليس من مصلحته وهو يخل بالتماثل المقصود فيه وإن باعه بجنس غير المقصود كبيع الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم احتمل الجواز لأنه يبيعه بجنس غير مقصود فيه فأشبه بيع اللبن بشاة فيها لبن ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في الأصل وإن باع دينارا مغشوشا بمثله والغش

فيهما متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجز لأنه يخل بالتماثل المقصود وإن علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما خرج على الوجهين أولاهما الجواز لأنهما تماثلا في المقصود وفي غيره ولا يقضي إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة لكون الغش غير مقصود فكأنه لا قيمة له

فصل : ولو دفع إليه درهما فقال : أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم وبنصفه فلوسا أو حاجة أخرى جاز لأنه اشترى نصفا بنصف وهما متساويان فصح كما لو دفع إليه درهمين وقال : بعني بهذا الدرهم فلوسا وأعطني بالآخر نصفين وإن قال : أعطني بهذا الدرهم نصفا وفلوسا جاز أيضا لأن معناه بذلك ولأن ذلك لا يفضي إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فإن قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة النصف الذي مع الفلوس يقينا وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء

فصل : وما كان مشتملا على جنسين بأصل الخلقة كالتمر الذي اشتمل على النوى وما عليه والحيوان المشتمل على لحم وشحم وغيره وأشباه ذلك فهذا إذا قوبل بمثله جاز بيعه به ولا نظر إلى ما فيه فإن النبي صلى الله عليه و سلم أجاز بيع التمر بالتمر والحيوان بالحيوان وقد علم اشتمالهما على ما فيهما ولو باع ذلك بنوع غير مقصود فيه كبيع التمر الذي فيه النوى بالنوى ففيه عن أحمد روايتان قد ذكرناهما فيما مضى فأما العسل قبل تصفيته فقال أصحابنا : لا يجوز بيع بعضه ببعض لاشتماله على عسل وشمع وذلك بفعل النحل فأشبه السيف المحلى ." (١)

" البيع بشرط البراءة من كل عيب

مسألة : قال : ومن باع حيوانا أو غيره بالبراءة من كل عيب لم يبرأ سواء علم به البائع أو لم يعلم

اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب روي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول الشافعي وقال إبراهيم و الحكم و حماد : لا يبرأ إلا مما سمى وقال شريح : لا يبرأ إلا مما أراه أو وضع يده عليه وروي نحو ذلك عن عطاء و الحسن و إسحاق لأنه مرفق في البيع لا يثبت إلا بالشرط فلا يثبت مع الجهل كالخيار والرواية الثانية : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة لما روي أبو عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبدا بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيبا فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترفعا إلى عثمان ؟ فقال عثمان لأبن عمر : تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال : لا فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا وروي عن

---

(١) المغني، ٤/١٦٨

أحمد أنه أجاز البراءة من المجهول فيخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب وري هذا عن ابن عمر وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما [روت أم سلمة أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه] فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة لأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح من المجهول كالعتاق والطلاق ولا فرق بين الحيوان ويغره فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر وقول عثمان قد خالفه ابن عمر وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة

فصل : فإن قلنا لا يصح شرط البراءة من العيوب فشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي لأن ابن عمر باع بشرط البراءة فأجمعوا على صحته ولم ينكره منكر فعلى هذا لا يمنع الرد لوجود الشرط ويكون وجوده كعدمه وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان إحداهما : أنها تفسد العقد فيدخل فيها هذا البيع لأنه البائع إنما رضي بهذا اثمن عوضا عنه بهذا الشرط فإذا فيدس الشرط فات الرضا به فيفسد البيع لعدم التراضي به ." (١)

" الشروط التي تشترط في البيع والصحيح والفاسد منها

فصل : والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام أحدها : ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكما ولا يؤثر في العقد الثاني : تتعلق به مصلحة العاقدين كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة أو اشترط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا الثالث : ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه وهو نوعان أحدهما : اشتراط منفعة البائع في المبيع فهذا قد مضى ذكره الثاني : أن يشترط عقدا في عقد نحو أن يبيعه شيئا بشرط أن يبيعه شيئا آخر أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره فهذا شرط فاسد يفسد به البيع سواء اشترطه البائع أو المشتري وسنذكره إن شاء الله تعالى الرابع : اشتراط ما ينفيا مقتضى البيع وهو على ضربين أحدهما : اشتراط ما بني على التغليب والسراية مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد فهل يصح ؟ على روايتين إحداهما : يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لأن عائشة رضي الله عنه اشترت بريرة وشرط أهلاه عليه عقتها وولاءها فأنكر النبي صلى الله عليه و سلم شرط الولاء دون العتق والثانية : الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه إذا شرط أن لا يبيعه لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه أشبه ما

---

(١) المغني، ٤/٢٧٩

لو شرط أن يبيعه وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق وإنما أخبرتهم بإرادتهم لذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء فإذا حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التي يأتي ذكرها وإن حكمنا بصحته فأعتقه المشتري فقد وفى بما شرط لعيه وإن لم يعتقه ففيه وجهان أحدهما : يجبر لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه فيجبر لعيه كما لو نذر عتقه والثاني : لا يجبر لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط بدليل ما لو شرط الرهن والضمين فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ لأنه لم يسلم له ما شرطه له أشبه ما لو شرط عليه رهنا وإن تعيب المبيع أ وكان أمة فأحبلها أعتقه وأجزأه لأن الرق باق فليه وإن استغله أو أخذ من كسبه شيئا فهو له وإن مات المبيع رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق فيقال كم قيمته لو بيع مطلقا وكم يساوي إذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين وفي الآخر يضمن ما نق من قيمته

الضرب الثاني : أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطأ أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه أو متى نفق المبيع وإلا رده أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن وإن أعتقه فالولاء له فهذه وما أشبهها شروط فاسدة وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين قال القاضي : المنصوص عن أحمد : أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي ههنا وهو قول الحسن و الشعبي و النخعي و الحكم و ابن أبي ليلى و أبي ثور والثانية : البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة و الشافعي لأن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن بيع وشرط ولأه شطر فاسد فأفسد البيع كما لو شرط فيه عقدا آخر ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا ولأن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرط والمشتري كذلك إذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي

ولنا ما [روت عائشة قالت : جاءتني بريرة فقالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقيه فأعينيني فقلت إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ويكون لي ولاؤك فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه و سلم جالس فقالت إني عرضت عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فسمع النبي صلى الله عليه و سلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه و سلم فقال : خذيها واشترطي الولاء فإنما الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه و سلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد : ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق

وإنما الولاء لمن أعتق] متفق عليه فأبطل الشرط ولم يبطل العقد قال ابن المنذر : خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبرا يعارضه فالقوِل به يجب فإن قيل المراد بقوله اشترطي لهم الولاء لها بإعتاقها بدليل أنه أمرها به ولا يأمرها بفاسد قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين أحدهما : أن الولاء لها بإعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه الثاني : أنهم أبو البيع إلا أن يشترط الولاء لهم فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لا يقبلونه منها ؟ وأما أمره بذلك فليس هو أمرا على الحقيقة وإنما هو صيغة الأمر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه كقوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أو لا تستغفر لهم ﴾ وقوله : ﴿ اصبروا أو لا تصبروا ﴾ والتقدير واشتراطي لهم الولاء أو لا تشترطي ولهذا قال عقيبه فإنما الولاء لمن أعتق وحديثهم لا أصل له على ما ذكرنا وما ذكروه من المعنى في المقابلة النص غير مقبول

فصل : فإن حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن هو المشترط لأن البائع إنما سمح ببيعها بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط والمشتري إنما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه فإذا لم يحصل غرضه ينبغي أن يرجع بما سمح به كما لو وجد معيبا

فصل : فإن حكمنا بفساد العق لم يحصل به ملك سواء اتصل به القبض أو لم يتصل ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا الشافعي وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك يثبت فيه إذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع الزيادة المنفصلة إلا أن يتصرف فيه المشتري تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته : واحتج بحديث بريرة فإن عائشة اشترتها بشرط الولاء فأعتقتها فأجاز النبي صلى الله عليه و سلم العتق والبيع فاسد ولأن المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء بعقد وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عقد فيه تسليط فوجب أن يملكه كما لو كان العقد صحيحا

ولنا أنه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن أو دما فأما حديث بريرة فإنما يدل على صحة العقد لا على ما ذكروه وليس في الحديث أن عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهر أن أهل بريرة حين بلغهم إنكار النبي صلى الله عليه وسل هذا الشرط تركوه ويحتمل أن الشرط كان سابقا للعقد فلم يؤثر فيه

فصل : وعليه رد البيع مع نمائه المتصل والمنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يده وإن قص ضمن نقصه لأنها جملة مضمونة فأجزاؤا تكون مضمونة أيضا فإن تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف قاله القاضي ولأن أحمد نص عليه في الغصب ولأنه قبضه بإذن مالكه فأشبه العارية وذكر الخرقي

في الغصب أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت فيخرج ههنا كذلك وهو أولى لأن العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها وعليه ضمان نقصها مع زيادتها فكذلك في حال تلفها كما لو أتلفها بالجناية ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

فصل : فإن كان المبيع أمة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده أنها ملكه ولأن في الملك اختلافا وعليه مهر مثلها لأن الحد إذا سقط للشبهة وجب المهر ولأن الوطء في ملك الغير يوجب المهر وعليه أرش البكارة إن كانت بكرا فإن قيل أليس إذا تزوج امرأة تزويجا فاسدا فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟ قلنا لأن النكاح تضمن الاذن في الوطء المذهب للبكارة لأنه معقود على الوطء ولا كذلك البيع فإنه ليس بمعقود على الوطء بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها ولا يحل نكاحها فإن قيل فإذا أوجبتم مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة وقد دخل ضمانها في المهر ؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة فكيف توجبون مهر البكر وقد أدى عوض البكارة بضمانه لها فجرى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها ؟ قلنا لأن مهر البكر ضمان المنفعة وأرش البكارة ضمان جزء فلذلك اجتمعا وأما الثاني فإنه إذا وطئها بكرا فقد استوفى نفع هذا الجزء فوجبت قيمته بما استوفى من نفعه فإذا أتلفه وجب الضمان عينه ولا يجوز أن يضمن العين ويسقط ضمان المنفعة كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها أو غصب ثوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فإن يضمن القيمة والمنفعة كذا ههنا

فصل : وإن ولدت كان ولدها حرا لأنه وطئها بشبهة ويلحق به النسب لذلك ولا ولاء عليه لأنه حر الأصل وعلى الواطئ قيمته يوم وضعه لأنه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه فإن سقط ميتا لم يضمن لأنه إنما يضمنه حين وضعه ولا قيمة له حينئذ فإن قيل فلو ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا وجب ضمانه قلنا الضارب يجب عليه غرة وههنا يضمنه بقيمته ولأن الجاني أتلفه وقطع نماءه وههنا يضمنه بالحيلولة بينه وبني سيده ووقت الحيلولة وقت السقوط وكان ميتا فلم يجب ضماه وعليه ضمان نقص الولادة وإن ضرب بطنه أجنبي فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة عبد أو أمة للسيد منها أقل الأمرين من أرش الجنين أو قيمته يوم سقط لأن ضمان الضارب له قام مقام خروجه حيا ولذلك ضمنه البائع إنما كان للسيد أقل المرين لأن الغرة إن كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لأنه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئا وإن كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها لأنه بسبب ذلك ضمن وإن ضرب الوطئ بطنها فألقت الجنين ميتا فعليه الغرة أيضا ولا يرث منها شيئا وللسيد أقل الأمرين كما ذكرنا وإن سلم الجارية المبيعة إلى البائع حالما فولدت عنده ضمن نقص الولادة وإن تلف بذلك ضمنها لأن تلفها بسبب منه وإن ملكها الواطئ لم تصر بذلك أم

ولد على الصحيح من المذهب لأنها علقت منه في غير ملكه فأشبه الزوجة وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره ولا تصير له أم ولده بهذا

فصل : إذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لأنه باع ملك غيره بغير إذنه وعلى المشتري رده على البائع الأول لأنه مالك ولبائعه أخذه حيث وجده ويرجع المتري الثاني بالثمن على الذي باعه ويرجع الأول على بائعه فإن تلف في يد الثاني فللبائع مطالبه من شاء منهما لأن الأول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامنا فإن كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الأول لأن التلف في يه فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الأول رجع بالفضل على الثاني

فصل : وإن زاد المبيع في يد المشتري بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد إلى ما كنا عليه أو ولدت الأمة في يد المشتري ثم مات ولدها احتمل أن يضمن تلك الزيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المغصوب واحتمل أن لا يضمنها لأنه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده فإن تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها وإلا فلا وإن تلف العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقي من القيمة حين أتلف قال القاضي : وهذا ظاهر كلام أحمد

فصل : إذا باع بيعا فاسدا وتقابضا ثم ألتف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع وللمشتري أسوة الغرماء وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لأنه في يده فكان أحق به كالمرتهن ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان وديعة عنده بخلاف المرتهن فإنه قبضه على أنه وثيقة بحقه

فصل : إذا قال : بع عبدك من فلان على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لأنه لا يملك المنع والثمن على غيره ولا يشبه هذا ما لو قال : أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة لكون هذا عوضا في مقابلة فك الزوجية ورقبته العبد ولذلك لم يجز في النكاح أما في مسألتنا فإنه معاوضة في مقابلة نقل الملك فلا يثبت لمن العضو على غيره وإن كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان ." (١)

" فصل : لو صالح عن القصاص بحر يعلمان حريته أو عبد يعلمان أنه مستحق رجع بالدين

---

(١) المغني، ٣٠٩/٤

فصل : ولو صالحه عن القصاص بحر يعلمان حريته أو عبد يعلمان أنه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لأن الصلح ههنا باطل يعلمان بطلانه فكان **وجوده كعدمه** ". (١)

" فصل : وإذا فتح قفصا على طائر فطار

فصل : وإذا فتح قفصا على طائر فطار أو حل دابته فذهبت ضمنها وبه قال مالك وقال أبو حنيفة و الشافعي : لا ضمان عليه إلا أن يكون أهاجهما حتى ذهبا وقال أصحاب الشافعي : إن وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهبا لم يضمنهما وإن ذهبا عقيب ذلك ففيه قولان واحتجا بأن لهما اختيارا وقد وجدت منهما المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجيء فإذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئرا فجاء عبد لإنسان فرمى نفسه فيها

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة إنما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة أو أشلى كلبا على صبي فقتله أو أطلق نارا في متاع إنسان فإن للنار فعلا لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان **وجوده كعدمه** ولأن الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وإنما يبقى بالمانع فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير فأفلت وإن فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء إنسان فنقرهما فذهبا فالضمان على منفرهما لأن سببه أخص فاختص الضمان به كالدافع مع الحافر وإن وقع طائر إنسان على جدار فنفره إنسان فطار لم يضمنه لأن تنفيره لم يكن سبب فواته فإنه كان ممتنعا قبل ذلك وإن رماه فقتله ضمنه وإن كان في داره لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر الطائر في هواء وداره فرماه فقتله ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه في هواء دار غيره ." (٢)

" فصل : وإن اشترى شقصا بعبد أو ثمن معين

فصل : وإن اشترى شقصا بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقا فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك إلى المشتري وهو العقد الصحيح فأما الباطل **فوجوده كعدمه** فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا ببينة أو إقرار من الشفيع والمتبايعين فإن أقر

---

(١) المغني، ٥/٢٨

(٢) المغني، ٥/٤٤٩

المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الأخذ بالشفعة ويرد العبد على صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص وإن أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن وإن أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لأن البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر وإن أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين فأما إن اشترى الشقص بثمن في الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقا كانت الشفعة واجبة لأن البيع صحيح فإن تعذر قبض الثمن من المشتري لإعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لأن الأخذ بها يحصل للمشتري ما يوفيه ثمنا فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى ." (١)

" فصول : جواز إجارة كل عين يمكن الانتفاع بها منفعة مباحة وأقسام ما لا تجوز إجارته

فصل فيما تجوز إجارته : تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الأصل كالأرض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفساطيط والحبال والخيام والمحامل والسرج واللجام والسيف والرمح وأشباه ذلك وقد ذكرنا كثيرا مما تجوز إجارته في مواضعه وتجوز إجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وبهذا قال الثوري و إسحاق و أبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن أحمد أنه قال : في إجارة الحلي ما أدري ما هو ؟ قال القاضي : هو محمول على إجارته بأجرة من جنسه فأما بغير جنسه فلا بأس به لتصريح أحمد بجوازه وقال مالك : في إجارة الحلي والثياب ما هو من المشتبهات ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الأصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتج له بأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة فيحصل الأجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فاشبهت سائر ما تجوز إجارته والزينة من المقاصد الأصلية فإن الله تعالى امتن بها علينا بقوله تعالى : ﴿ لتركبوها وزينة ﴾ وقال تعالى : ﴿ قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده ﴾ وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ما حرمه على الرجال لحاجتهن إلى التزين للأزواج وأسقط الزكاة عن حليهن معونة لهن على اقتنائه وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح لأن ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظهر في وزن ولو ظهر فالأجر في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الأجزاء لأن الأجر في الإجارة إنما هو عوض المنفعة كما

---

(١) المغني، ٤٩٣/٥

في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز إجارة أحد النقدين بالآخر لإفضائه إلى الفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض والله أعلم

فصل : وتجوز إجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلي في مدة معلومة وبه قال أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الآخر أنها لا تجوز إجارتها لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها فأشبهت الشمع

ولنا أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فأشبهت الحلي وفارق الشمع فإنه لا ينتفع به إلا بما أتلف عينه إذا ثبت هذا فإنه إن ذكر ما يستأجره له وعينه فحسن وإن أطلق الإجارة فقال أبو الخطاب : تصح الإجارة وينتفع بها فيما شاء منهما لأن منفعتهما في الإجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقا فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها وقال القاضي : لا تصح الإجارة وتكون قرضا وهذا مذهب أبي حنيفة لأن الإجارة تقتضي الانتفاع والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير إنما هو بأعيانها فإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد

وقال أصحاب الشافعي : لا تصح الإجارة فلا تكون قرضا لأن التحلي ينقصها والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز إطلاقها ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض لأن القرض تمليك للغير والإجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر ولأن التسمية والألفاظ تؤخذ نقلا ولم يعهد في اللسان التعبير بالإجارة عن القرض وقول أبي الخطاب أصح إن شاء الله لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده وقد أمكن حمله على إجارتها للجهة التي تجوز إجارتها فيها وقول القاضي : لا يصح لأن الإجارة إنما تقتضي انتفاعا مع بقاء العين فلا تحمل على غير ذلك وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد فإن ذلك يسير لا أثر له **فوجوده كعدمه**

فصل : ويجوز أن يستأجر شجرا ونخيلا ليجفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بظلها ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكروه في الأثمان

ولنا أنها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك إذا كانت نابتة وذلك لأن الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فما جاز في إحداهما يجوز في الأخرى ولأنها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ولأنها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة ولأنها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها فجاز استئجارها لها كالحبال والخشب والشجر المقطوع

فصل : ويجوز استئجار غنم لتدرس له طينا أو زرعا ولأصحاب الشافعي فيه وجهان لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان فأشبهت النخيل

ولنا أنها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فأشبهت استئجار البقر لدياس الزرع

فصل : ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وأقطاع الكافور والند لتشمه المرضى وغيرهم مدة ثم يرده لأنها منفعة مباحة فأشبهت الوزن والتحلي مع أنه لا ينفك من أخلاق وبلى

فصل : وتجوز إجارة الحائط ليضع عليها خشبا معلوما مدة معلومة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يجوز ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها فجاز عقد الإجارة عليها كاستئجار السطح للنوم عليه

فصل : ويجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلي فيه وبه قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يصح لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجارة بحال فلا تجوز الإجارة لذلك

ولنا أن هذه منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالسكنى ويفارق الصلاة فإنها لا تدخلها النيابة بخلاف بناء المساجد

فصل : وذكر ابن عقيل أنه يجوز استئجار البئر ليستقي منها أياما معلومة لأن هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه وأما نفس الماء فيؤخذ على أصل الإباحة والله الموفق

فصل : ويجوز استئجار الفهد والبازي والصقر للصيد في مدة معلومة لأن فيه نفعا مباحا تجوز إعارته له فجازت إجارته له كالدابة وتجوز إجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها في القراءة فيها والنسخ منها لما ذكرناه وتجوز إجارة درج فيه خط حسن يكتب عليه ويتمثل منه لذلك

فصل : وما لا تجوز إجارته أقسام أحدها : ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالمطعوم والمشروب والشمع ليشعله لأن الإجارة عقد على المنافع وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها فإن استأجر شمعة يسرجها ويرد بقيتها وثمن ما ذهب وأجر الباقي كان فاسدا لأنه يشمل بيعا وإجارة وما وقع عليه البيع مجهول وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضا فيفسد العقدان ولو استأجر شمعا ليتجمل به ويرده من غير أن يشعل منه شيئا لم يجز لأن ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع فبذل المال فيه سفه وأخذه أكل مال بالباطل فلم يجز كما لو استأجر خبزا لينظر إليه وكذلك لو استأجر طعاما ليتجمل به على مائدته ثم يرده لم يجز لما ذكرناه وهكذا سائر الأشياء ولا يصح استئجار ما لا يبقى من الرياحين كالورد والبنفسج والريحان الفارسي وأشباهه لشمها لأنها تتلف عن قرب فأشبهت المطعومات ولا يجوز استئجار الغنم ولا الإبل والبقر ليأخذ

لبنها ولا ليسترضعها السخالة ونحوها ولا استئجارها ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئا من عينها

فصل : ولا تجوز إجارة الفحل للضراب وهذا ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي و أبي ثور و ابن المنذر وخرج أبو الخطاب وجها في جوازه لأنه انتفاع مباح والحاجة تدعو إليه فجاز كإجارة الظئر للرضاع والبئر ليستقي منها الماءن ولأنها منفعة تستباح بالإعارة فتستباح بالإجارة كسائر المنافع وهذا مذهب الحسن و ابن سيرين

ولنا أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن عسب الفحل متفق عليه وفي لفظ نهى عن ضراب الجمل ولأن المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين غائبة فلم يجز كإجارة الغنم لأخذ لبنها وهذا أولى فإن هذا الماء محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة والدم وهو مجهول فأشبه اللبن في الضرع فأما من أجازه فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين أو أكثر وقيل يقع العقد على مدة وهذا بعيد لأن من أراد إطلاق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وإن اقتصر على مقداره فربما لا يحصل الفعل فيه ويتعذر أيضا ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل إلا أن يكتري فحلا لإطلاق ماشية كثيرة كفحل يتركه في إبله أو تيس في غنمه فإن هذا إنما يكتري مدة معلومة والمذهب أنه لا تجوز إجارته فإن احتاج إنسان إلى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء وليس للمطرق أخذه قال عطاء لا يأخذ عليه شيئا ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له ولأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة إليها فجاز كشراء الأسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه وإن أطرق إنسان فحله بغير إجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس به لأنه فعل معروفا فجازت مجازاته عليه كما لو أهدي هدية

فصل : القسم الثاني : ما منفعته محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء فلا يجوز الاستئجار لفعله وبه قال مالك و الشافعي و أبو حنيفة وصاحباه و أبو ثور وكره ذلك الشعبي و النخعي لأنه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كإجارة أمته للزنا ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحا وقال أبو حنيفة : يجوز

ولنا أنه انتفاع بمحرم فأشبه ما ذكرنا ولا يجوز الاستئجار على كتابة شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك ولا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها ولا على حمل خنزير ولا ميتة لذلك وبهذا قال أبو يوسف ومحمد و الشافعي وقال أبو حنيفة : يجوز لأن العمل لا يتعين عليه بدليل أنه لو حمله مثله جاز ولأنه لو قصد إراقته أو طرح الميتة جاز

وقد روي عن أحمد فيمن حمل خنزيرا أو ميتة أو خمرا لنصراني أكره أكل كرائه ولكن يقضى للحمال بالكراء فإذا كان لمسلم فهو أشد قال القاضي : هذا محمول على أنه استأجره ليريقها فأما للشرب فمحذور لا يحل أخذ الأجرة عليه وهذا التأويل بعيد لقوله أكره أكل كرائه وإذا كان لمسلم فهو أشد ولكن المذهب خلاف هذه الرواية لأنه استئجار لفعل محرم فلم يصح كالزنا ولأن النبي صلى الله عليه و سلم لعن حاملها والمحمولة إليه وقوله لا يتعين يبطل باستئجار أرض ليتخذها مسجدا وأما حمل هذه لإراقتها والميتة لطرحها والاستئجار للكنف فجائز لأن ذلك كله مباح وقد استأجر النبي صلى الله عليه و سلم أباظية لحجمه وقال أحمد في رواية ابن منصور في الرجل يؤجر نفسه لنظارة كرم النصراني يكره ذلك لأن الأصل في ذلك راجع إلى الخمر

فصل : ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف ويكره له أكل أجره لأن النبي صلى الله عليه و سلم قال : [كسب الحجام خبيث] ونهى الحر عن أكله فهذا أولى وقد روي عن ابن عباس أن رجلا حج ثم أتاه فقال : إني رجل أكنس فما ترى في مكسبي ؟ قال أي شيء تكنس ؟ قال العذرة قال ومنه حججت ومنه تزوجت ؟ قال نعم قال : أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث أو نحو هذا ذكره سعيد بن منصور في سننه بمعناه ولأن فيه دناءة فكره كالحجامة فأما الإجارة في الجملة فجائزة لأن الحاجة داعية إليها فلا تندفع بدون إباحة الإجارة فوجب إباحتها كالحجامة

فصل : ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو يتخذها لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة وقال أبو حنيفة : إن كان بيتك في السواد فلا بأس أن تؤجره لذلك وخالفه صاحباه واختلف أصحابه في تأويل قوله

ولنا أنه فعل محرم فلم تجز الإجارة عليه كإجارة عبده للفجور ولو اكترى ذمي من مسلم داره فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه وبذلك قال الثوري وقال أصحاب الرأي : إن كان بيته في السواد والجبل فله أن يفعل ما شاء

ولنا أنه فعل محرم جاز المنع منه في المصر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة

فصل : القسم الثالث : ما يحرم بيعه إلا الحر والوقف وأم الولد والمدبر فإنه يجوز إجارتها وإن حرم بيعها وما عدا ذلك فلا تجوز إجارته سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجمل النادر والبهيمة الشاردة والمغصوب من غير غاصبه أو ممن لا يقدر على انتزاعه منه فإنه لا تجوز إجارته لأنه لا يمكن تسليم المعقود عليه وإن كان مما تجهل صفته فإنه لا تجوز إجارته في ظاهر المذهب أو كان ممن

لا نفع فيه كسباع البهائم أو الطير التي لا تصلح للاصطياد ولا تجوز إجارة الكلب ولا الخنزير بحال ويتخرج جواز إجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لأن فيه نفعا مباحا تجوز له إعارته فجازت إجارته له كغيره ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ولا تجوز إجارة ما لا يقدر على تسليم منفعته سواء جاز بيعه أو لم يجز مثل أن يغصب منفعته بأن يدعي إنسان أن هذه الدار في إجارته عاما ويغلب صاحبها عليها فإنه لا تجوز إجارتها في هذا العام إلا من غاصبها أو ممن يقدر على أخذها منه قال أصحابنا ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريكان معا وهذا قول أبي حنيفة و زفر لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالمغصوب وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له على مال شريكه واختار أبو حفص العكبري جواز ذلك وقد أومأ إليه أحمد وهو قول مالك و الشافعي و أبي يوسف ومحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفروز ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معا فجاز لأحدهما فعله في نصيبه مفردا كالبيع ومن نصر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا أجره الشريكان أو أجره لشريكه بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر فأشبه إجارة المغصوب من غاصبه دون غيره وإن كانت الدار لواحد فأجر نصفها صح لأنه يمكنه تسليمه ثم إن أجر نصفها الآخر للمستأجر الأول صح فإنه يمكنه تسليمه إليه وإن أجره لغيره ففيه وجهان بناء على المسألة التي قبلها لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه وإن أجر الدار لاثنين لكل واحد منهما نصفها فكذلك لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه

فصل : وفي إجارة المصحف وجهان أحدهما : لا تصح إجارته مبنيا على أنه لا يصح بيعه وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعارضة به وابتذاله بالثمن في البيع والأجر في الإجارة والثاني : تجوز إجارته وهو مذهب الشافعي لأنه انتفاع مباح تجوز الإعارة من أجله فجازت فيه الإجارة كسائر الكتب فأما سائر الكتب الجائز بيعها فتجوز إجارتها ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارتها لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك بدليل أن لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر إلى عمله وتصاويره أو شمعا ليتجمل به

ولنا أنه انتفاع مباح يحتاج إليه وتجوز الإعارة له فجازت إجارته كسائر المنافع وفارق النظر إلى السقف فإنه لا حاجة إليه ولا جرت العادة بالإعارة من أجله وفي مسألتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب والتحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه

فصل : ولا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الأثرم فقال : إن أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز وإن كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر : تجوز لأنه تجوز له إجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كإجارته من المسلم

ولنا أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر وإذلاله له واستخدامه أشبه البيع يحققه أن عقد الإجارة للخدمة يتعين فيه حبسه مدة الإجارة واستخدامه والبيع لا يتعين فيه ذلك فإذا منع منه فلان يمنع من الإجارة أولى فأما من أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة كخياطة ثوب وقصارته جاز بغير خلاف نعلمه لأن عليا رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة وأخبر النبي صلى الله عليه و سلم بذلك فلم ينكره وكذلك الأنصاري ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم ولا استخدامه أشبه مبايعته وإن أجر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدة معلومة جاز أيضا في ظاهر كلام أحمد لقوله في رواية الأثرم وإن كان في عمل شيء جاز

ونقل عنه أحمد بن سعيد : لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي وهذا مطلق في نوعي الإجارة وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك وأشار إلى ما رواه الأثرم واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع والصحيح ما ذكرنا وكلام أحمد إنما يدل على خلاف ما قاله فإنه خص المنع بالإجارة للخدمة وأجاز إجارته للعمل وهذا إجارة للعمل ويفارق البيع فإن فيه إثبات الملك على المسلم ويفارق إجارته للخدمة لتضمنها الإذلال

فصل : نقل إبراهيم الحربي عن أحمد أنه سئل عن الرجل يكتري الديك يوقظه لوقت الصلاة لا يجوز وذلك لأن ذلك يقف على فعل الديك ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصيح وقد لا يصيح وربما صاح بعد الوقت

فصل : القسم الرابع : القرب الذي يختص فاعلها بكونه من أهل القربة يعني أنه يشترط كونه مسلما كالإمامة والأذان والحج وتعليم القرآن نص عليه أحمد وبه قال عطاء و الضحاك بن قيس و أبو حنيفة و الزهري وكره الزهري و إسحاق تعليم القرآن بأجر

وقال عبد الله بن شقيق : هذه الرغف التي يأخذها المعلمون من السحت وممن كره أجرة التعليم مع الشرط الحسن و ابن سيرين و طاوس و الشعبي و النخعي وعن أحمد رواية أخرى يجوز ذلك حكاها أبو الخطاب

ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال : التعليم أحب إلي من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس في ضيعة ومن أن يستدين ويتجر لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله تعالى بأمانات الناس التعليم أحب إلي وهذا يدل على أن منعه منافي موضع منعه للكراهة لا للتحريم

وممن أجاز ذلك مالك و الشافعي ورخص في أجوز المعلمين أبو قلابة و أبو ثور و ابن المنذر لأن رسول الله صلى الله عليه و سلم زوج رجلا بما معه من القرآن متفق عليه وإذا جاز تعليم القرآن عوضا في باب النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الأجرة عليه في الإجارة وقد قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : [أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله] حديث صحيح وثبت [أن أبا سعيد رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فبرأ وأخذ أصحابه الجعل فأتوا به رسول الله صلى الله عليه و سلم فأخبروه وسألوه فقال : لعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا لي معكم بسهم] وإذا جاز أخذ الجعل جاز أخذ الأجر لأنه في معناه ولأنه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الأجر عليه كبناء المساجد والقناطر ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإنه يحتاج إلى الاستنابة في الحج عمن وجب عليه الحج وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج إلى بذل الأجر فيه ووجه الرواية الأولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال : إن آخر ما عهد إلي النبي صلى الله عليه و سلم أن أتخذ مؤذنا لا يأخذ عن أذانه أجرا قال الترمذي : هذا حديث حسن وروى عبادة بن الصامت قال : [علمت ناسا من أهل الصفة القرآن والكتابة فأهدى إلي رجل منهم قوسا قال : قلت قوس وليست بمال قال : قلت أتقلدها في سبيل الله فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه و سلم وقص عليه القصة قال : إن سرك أن يقلدك الله قوسا من نار فاقبلها] وعن [أبي بن كعب أنه علم رجلا سورة من القرآن فأهدى إليه خميصة أو ثوبا فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه و سلم فقال : لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوبا من نار] وعن [أبي قال : كنت أختلف إلى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته أقرئه القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول لجارية له : هلمي بطعام أخي فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة فحاك في نفسي منه شيء فذكرته للنبي صلى الله عليه و سلم فقال : إن كان ذلك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه وإن كان يتحفك به فلا تأكله] وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري قال : [سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : اقرئوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به] روى هذه الأحاديث كلها الأثرم في سننه ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يجز أخذ الأجر عليها كما لو استأجر قوما يصلون خلفه الجمعة أو التراويح فأما الأخذ على الرقية فإن أحمد اختار جوازه وقال : لا بأس وذكر حديث أبي سعيد

والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ الأجر عليها والجعالة أوسع من الإجارة ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة وقوله عليه السلام : [أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله] يعني به الجعل أيضا في الرقية لأنه ذكر ذلك أيضا في سياق خبر الرقية وأما جعل التعليم صداقا ففيه اختلاف وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صداق إنما قال [زوجتكها على ما معك من القرآن] فيحتمل أنه زوجه إياها بغير صداق إكراما له كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه ونقل عنه جوازه والفرق بين المهر والأجر أن المهر ليس بعوض محض وإنما وجب نحلة ووصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الأجر في غيره فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الأمور لأن بيت المال لمصالح المسلمين فإذا كان بذله لمن يتعدى نفعه إلى المسلمين محتاجا إليه كان من المصالح وكان للآخذ له أخذه لأنه من أهله وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الأجر

فصل : فإن أعطى المعلم شيئا من غير شرط فظاهر كلام أحمد جوازه قال فيما نقل عنه أيوب بن سافري لا يطلب ولا يشارط فإن أعطي شيئا أخذه وقال في رواية أحمد بن سعيد : أكره أجر المعلم إذا شرط وقال : إذا كان المعلم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئا إن أتاه شيء قبله كأنه يراه أهون وكرهه طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخميصة اللتين أعطيهما أبي وعبادة من غير شرط ولأن ذلك قربة فلم يجز أخذ العوض عنها لا بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام ووجه الأول قول النبي صلى الله عليه و سلم : [ما أتاك من هذا المال من غير مسألة ولا إشراف نفس فخذه وتموله فإنه رزق ساقه الله إليك] وقد أرخص النبي صلى الله عليه و سلم لأبي في أكل طعام الذي كان يعمله إذا كان طعامه وطعام أهله ولأنه إذا كان بغير شرط كان هبة مجردة فجاز كما لو لم يعلمه شيئا فأما حديث القوس والخميصة فقضيتان في عين فيحتمل أن النبي صلى الله عليه و سلم علم أنهما فعلا ذلك لله خالصا فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ويحتمل غير ذلك وإن أعطي المعلم أجرا على تعليم الصبي الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال : إن كان المعطي ينوي أن يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو إذا كان كذا ولأن هذا مما يجوز أخذ الأجر عليه مفردا فجاز مع غيره كسائر ما يجوز الاستئجار عليه وهكذا لو كان إمام المسجد قيما له يسرج قناديله ويكنسه ويغلق بابه ويفتحه فأخذ أجرا على خدمته أو كان النائب في الحج يخدم المستنيب له في طريق الحج ويشد له ويرفع حمله ويحج عن أبيه فدفع له أجرا لخدمته لم يمتنع ذلك إن شاء الله تعالى

فصل : وما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كتعليم الخط والحساب والشعر المباح وأشباهه وبناء المساجد والقناطر جاز أخذ الأجر عليه لأنه يقع تارة قربة وتارة غير قربة فلم يمنع من الاستئجار لفعله كغرس الأشجار وبناء البيوت وكذلك في تعليم الفقه والحديث وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الإنسان لنفسه وحجه عن نفسه وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الأجر عليها بغير خلاف لأن الأجر عوض الانتفاع ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع فأشبه إجارة الأعيان التي لا نفع فيها ." [١]

" ثلاثة فصول

فصل : وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه نص عليه أحمد وقال الشافعي : لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق لأنه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة

ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الإجتهاد فاحتيج في التفريق إلى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ولأن تزويجها من غير تفريق يفضي إلى تسليط زوجين عليها كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين وإذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثاني أيضا ولم يجز تزويجها الثالث حتى يطلق الأولان أو يفسخ نكاحهما ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب له عوض كالبيع الفاسد وإن كان التفريق بعد الدخول فلها المهر بدليل فوله عليه السلام : [فلها المهر بما استحل من فرجها] وإن تكرر الوطء فالمهر واحد للحديث ولأنه اصابه في عقد فاسد فأشبه الإصابة في عقد صحيح

فصل : والواجب لها مهر مثلها أومأ إليه احمد فإنه قال في العبد : يتزوج بغير إذن سيده يعطي شيئا قال القاضي يعني مهر المثل وهو ظاهر قول الخرقي لقوله : إذا تزوج الوليان فالنكاح للأول منهما فإن دخل بها الثاني فلها مهر مثلها وهذا مذهب الشافعي والمنصوص عن أحمد أن لها المسمى لأن في بعض الفاظ حديث عائشة : [ولها الذي أعطاها بما أصاب منها]

قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال بإسناديهما وقال ابو حنيفة الواجب لأقل من المسمى أو مهر المثل لأنها إن رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وإن كان المسمى أكثر لم يجب الزائدة لأنه بغير عقد صحيح

---

(١) المغني، ١٤٣/٦

ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم : [فلها المهر إذا استحل من فرجها] فجعل لها المهر المميز بالإصابة والإصابة إنما توجب مهر المثل ولأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء وإذا لم يكن موجبا كان **وجوده كعدمه** وبقي الوطء موجبا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل فإذا فسد العقد من أصله كان أولى وقلو أبي حنيفة أنها رضيت بدون صداقها إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب وقد بينا أنه إنما يجب بالإصابة فيجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة

فصل : ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أهل العلم لأن النبي صلى الله عليه و سلم جعل لها المهر بما استحل من فرجها يعني أصاب ولم يصبها والنصوص عن أحمد أن المهر يستقر بالخلوة قياسا على العقد الصحيح وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد وقد ذكرنا ذلك ." (١)

" مسألة إذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات

مسألة : قال : وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات

أما الثيب فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن إذنها الكلام للخبر ولأن اللسان هو المعتبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء أقيم الصمت مقامه لعارض

فأما البكر فإذنها صماتها في قول عامة أهل العلم منهم شريح و الشعبي و إسحاق و النخعي و الثوري و الأوزاعي و ابن شبرمة و أبو حنيفة ولا فرق بين كون الولي أبا أو غيره وقال أصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الأب وجهان أحدهما : لا يكون إذنا لأن الصمات عدم الإذن فلا يكون إذنا ولأنه محتمل الرضا والحياء وغيرهما فلا يكون إذنا في حق الثيب وإنما اكتفى به في حق الأب لأن رضاها غير معتبر وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك للسنة الصحيحة الصريحة يصان الشافعي عن إضافته إليه وجعله مذهبا له مع كونه من أتبع الناس لسنة رسول الله صلى ا لله عليه وسلم ولا يعرج منصف على هذا القول وقد تقدمت روايتنا [عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن فقالوا يا رسول الله فكيف إذنها ؟ قال أن تسكت]

وفي وراية [عن عائشة أنها قالت يا رسول الله إن البكر تستحي قال : رضاه صماتها] متفق عليه وفي رواية : [واليتيمة تستأمر فصمتها إقرارها] رواه النسائي وفي رواية : [تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فهو إذنها] وهذا صريح في غير ذات الأب

---

(١) المغني، ٣٤٢/٧

وروى الأثرم عن عدي الكندي [عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صماتها] والأخبار في هذا كثيرة ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالإذن ولا تستحي من إبائها وامتناعها فإذا سكتت غلب على الظن أنه لرضاها فاكتفي به وما ذكروه يفضي إلى أن لا يكون صماتها إذنا في حق الأب أيضا لأنهم جعلوا **وجوده كعدمه** فيكون إذا ردا على النبي صلى الله عليه و سلم بالكلية واطراحا للأخبار الصريحة الجلية وخرقا لإجماع الأمة المرضية ." [١]

" مسألتان وفصول : إذا تبين أن المهر معيبا أو غير متقوم

مسألة : قال : وإذا أصدقها عبدا بعينه فوجدت به عيبا فردته فلها عليه قيمته

وجملة ذلك أن الصداق إذا كان معينا فوجدت به عيبا فلها رده كالبيع المعيب ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان العيب كثيرا فإن كان يسيرا فحكي عن أبي حنيفة أنه لا يرد به

ولنا أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير وإذا رد به فلها قيمته لأن العقد لا ينفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فيجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفه وإن كان الصداق مثليا كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله لأنه أقرب إليه وإن اختارت إمساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك في قياس المذهب وإن حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيبا خيرت بين أخذ أرشه وبين رده ورد أرش عيبه لأنه عوض في عقد معاوضة فيثبت في ذلك كالبيع وسائر فروع الرد بالعيب فيثبت فيها ههنا مثل ما يثبت في البيع لما ذكرنا

فصل : وإن شرطت في الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كما ترد به في البيع وهكذا إن دلسه تدليسا يرد به المبيع مثل تحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وتضمير الماء على الحجر وأشباه ذلك فلها الرد به وإن وجدت الشاة مصراة فلها ردها ورد صاع من تمر قياسا على البيع وقد نقل مهنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فإذا هي تسعمائة هي بالخيار إن شاءت أخذت الدار وإن شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما إذا أصدقها دارا بعينها على أنها ذراع فخرجت تسعمائة فهذا كالعيب في ثبوت الرد لأنه شرط شرطا مقصودا فبان بخلافه فأشبه ما لو شرط العبد كاتبا فبان بخلاف وجوز أحمد الإمساك لأن المرأة رضيت بها ناقصة ولم يجعل لها مع الإمساك أرشا لأن ذلك ليس بعيب ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة نقصها أو ردها وأخذ قيمتها

مسألة : قال : وكذلك إذا تزوجها على عبد فخرج حرا أو استحق سواء سلمه إليها أو لم يسلمه

---

(١) المغني، ٣٨٦/٧

وجملة ذلك إنه إذا تزوجها على عبد تظنه عبدا مملوكا حرا أو مغصوبا فلها قيمته وبهذا قال أبو يوسف و الشافعي في قديم قوليه وقال في الجديد لها مهر المثل وقال أبو حنيفة و محمد في المغصوب كقولنا وفي الحر كقوله لأن العقد تعلق بعين الحر بإشارته إليه فأشبه ما لو علماه حرا

ولنا أن العقد وقع على التسمية فكانت لها قيمته كالمغصوب ولأنها رضيت بقيمته إذ ظنته مملوكا فكان لها قيمته كما لو وجدته معيبا فردته بخلاف ما إذا قال أصدقتك هذا الحر أو هذا المغصوب فإنها رضيت بلا شيء لرضاها بما تعلم أنه ليس بمال أو بما لا يقدر على تمليكه إياها فكان وجود التسمية كعدمها فكان لها مهر المثل وقول الخرقي سواء سلمه إليها أو لم يسلمه يعني أن تسليمه لا يفيد شيئا لأنه سلم ما لا يجوز تسليمه ولا تثبت اليد عليه فكان **وجوده كعدمه**

فصل : فإن أصدقها مثليا فبان مغصوبا فلها مثله لأن المثل أقرب إليه ولهذا يضمن به في الإتلاف وإن أصدقها جرة خل فخرجت خمرا أو مغصوبة فلها مثل ذلك خلا لأن الخل من ذوات الأمثال وهذا مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي وقال القاضي : لها قيمته لأن الخمر ليس بمال ولا من ذوات الأمثال والصحيح ما قلناه لأنه سماه خلا فرضيت به على ذلك فكان لها بدل المسمى كالحر وما ذكره يبطل بما إذا أصدقها فبان حرا ولأنه إن أوجب قيمة الخمر فالخمر لا قيمة له وإن أوجب قيمة الخل فقد اعتبر التسمية في إيجاب قيمته ففي إيجاب مثله أولى

فصل : فإن قال أصدقتك هذا الخمر وأشار إلى الخل أو عبد فلان هذا وأشار إلى عبده صحت التسمية ولها المشار إليه لأن المعقود عليه يصح العقد عليه فلا يختلف حكمه بإختلاف صفته كما لو قال : بعتك هذا الأسود وأشار إلى أبيض أو هذا الطويل إلى قصير

فصل : وإن تزوجها على عبدين فخرج أحدهما حرا أو مغصوبا صح الصداق في تملكه ولها قيمة الآخر نص عليه أحمد وإن كان عبدا واحدا فخرج نصفه حرا أو مغصوبا فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته وبين إمساك نصفه وأخذ قيمة باقيه نص عليه أحمد لأن الشركة عيب فكان لها الفسخ كما لو وجته معيبا فإن قيل فلم لا تقولون ببطلان التسمية في الجميع وترجع بالقيمة كلها في المسألتين كما في تفريق الصفقة قلنا إن القيمة بدل إنما يصار إليها عند العجز عن الأصل وههنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مسمى في العقد فلا يجوز الرجوع إلى بدله أما تفريق الصفقة فإنه إذا بطل العقد في الجميع صرنا إلى الثمن وليس هو بدلا عن المبيع وإنما انفسخ العقد فرجع في رأس ماله وههنا لا ينفسخ العقد وإنما رجع

إلى قيمة الحر منهما لتعذر تسليمه فلا وجه لإيجاب قيمته وأما إذا كان نصفه حرا ففيه عيب فجاز رده بعيبه وقال أبو حنيفة : إذا أصدقها عبدين فإذا أحدهما حر فلها العبد صداقا ولا شيء لها سواه

ولنا أنه أصدقها حرا فلم تسقط تسميته إلى غير شيء كما لو كان منفردا ." (١)

" مسألة وفصل : فرض المهر للمفوضة ويجب بالعقد

مسألة : قال : ولو طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيته

وجملة ذلك أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر لأن النكاح لا يخلو من المهر فوجبت لها المطالبة ببيان قدره وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا فإن اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلا كان أو كثيرا سواء كانا عالمين بمهر المثل أو غير عالمين به وقال الشافعي في قول له : لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل لأن ما فرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلوما

ولنا أنه إذا فرض لها كثيرا فقد بذلك من ماله فوق ما يلزمه وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا تمنع من ذلك وقولهم أنه بدل غير صحيح فإن البدل غير المبدل والمفروض إن كان ناقصا فهو بعضه وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلاص ولو كان بدلا لما جاز مع العلم لأنه يبدل ما فيه الربا بجنسه متفاضلا وقد [روى عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : أترضى أني أزوجك فلانة ؟ قال : نعم وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت : نعم فزوج أحدهما صاحبه ودخل عليها ولم يفرض لها صداقا فلما حضرته الوفاة قال : إن رسول الله صلى الله عليه و سلم زوجني فلانة ولم يفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا وأني قد أعطيتها عن صداقها سهمي بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف] فأما إن تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فإن لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه فإن طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة لأنه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء وإن فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولا يثبت لها ما لم ترض به وإن تشاحا وارتفعا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل لأن الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها والعدل المثل ولأنه إنما يفرض بدل البضع فيقدر به كالسلعة إذا أتلفت فرجعا في تقويمها إلى أهل الخبرة ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل إلى إمكان فرضه ومتى صح الفرض صار كالمسمى

---

(١) المغني، ١٤/٨

في العقد في أنه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه وإذا فرضه الحاكم لزم ما فرضه سواء رضيته أو لم ترضه كما يلزم ما حكم به

فصل : وإن فرض لها أجنبي مهر مثلها فرضيته لم يصح فرضه وكان **وجوده كعدمه** لأنه ليس بزوج ولا حاكم فإن سلم إليها ما فرضه لها فرضيته احتمل أن لا يصح لما ذكرنا ويكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما أعطاها لأن تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج ويحتمل أن يصح لأنه يقوم مقام الزوج في قضاء المسمى فيقوم مقامه في قضاء ما يوجبه العقد غير المسمى فعلى هذا إذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه إلى الزوج لأنه ملكه إياه حين قضى به دينا عليه فيعود إليه كما لو دفعه هو ولأصحاب الشافعي مثل هذين الوجهين وذكروا وجها ثالثا أنه يرجع نصفه إلى الأجنبي وذكره القاضي وجها لنا ثالثا وقد ذكرنا ما يدل على صحة ما قلناه ولو أن رجلا قضى المسمى عن الزوج صح ثم إن طلقها الزوج قبل الدخول رجع نصفه إليه وإن فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه إليه وعلى الوجه الآخر يرجع إلى من قضاه والله أعلم

فصل : ويجب المهر للمفوضة بالعقد وإنما يسقط إلى المتعة بالطلاق وهذا مذهب أبي حنيفة واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال الصحيح أنه يجب بالعقد وقال بعضهم : لا يجب بالعقد قولا واحدا ولا يجيء على أصل الشافعي غير هذا لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى في العقد

ولنا أنها تملك المطالبة به فكان واجبا كالمسمى ولأنه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد ولأن النكاح لا يجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضي إلى خلوه عنه وإلى أن النكاح انعقد صحيحا وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه وإنما لم يتنصف لأن الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق إلى المتعة كما نقل من سمي لها إلى النصف المسمى لها والله أعلم

فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها لأن المهر وجب بالعقد في ملكه ولو فوضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد تغير مثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرنا ووافق أصحاب الشافعي على ذلك لأن الوجوب يستند إلى حالة العقد إلا في الأمة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين ." (١)

" مسألة : قال : والمولى الذي يحلف بالله عز و جل

مسألة : قال : والمولي الذي يحلف بالله عز و جل أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر

---

(١) المغني، ٨/٥٥

وجملته أن شروط الإيلاء أربعة : أحدها أن يحلف بالله تعلى أو بصفة من صفاته ولا خلاف بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء فأما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل أن حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ففيه روايتان إحداهما : لا يكون موليا وهو قول الشافعي القديم

والرواية الثانية : هو مول وروي عن ابن عباس أنه قال كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي و النخعي و مالك وأهل الحجاز و الثوري و أبو حنيفة وأهل العراق و الشافعي و أبو ثور و أبو عبيد وغيرهم : لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف بدليل أنه لو قال متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال إن وطئتك فأنت طالق طلقت في الحال وقال أبو بكر كل يمين من حرام أو غيرها يجب بها كفارة يكون الحالف بها موليا وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لأنه يتعلق به حق آدمي وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله تعالى والرواية الأولى هي المشهورة لأن الإيلاء المطلق إنما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس يقسمون مكان يؤلون وروي عن ابن عباس في تفسير يؤلون قال يحلفون بالله هكذا ذكره الإمام أحمد والتعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره أهل العربية في باب القسم فلا يكون إيلاء وإنما يسمى حلفا تجوزا لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر والكلام عند إطلاقه لحقيقته يدل على هذا قول الله تعالى ﴿ فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم ﴾ وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله وأيضا قول النبي صلى الله عليه و سلم [من حلف بغير الله فقد أشرك] وقوله [إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم] متفق عليه وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحلف بإطلاقه إنما ينصرف إلى القسم وإنما يصرف إلى غير القسم بدليل ولا خلاف في أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء لأنه لا يوجب كفارة ولا شيئا يمنع من الوطء فلا يكون إيلاء كالخبر بغير القسم وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون موليا إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله إن وطئتك فعبدي حر أو فأنت طالق أو فأنت علي كظهر أمي أو أنت علي حرام أو فلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون إيلاء لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه وإن قال إن وطئتك فأنت زانية لم يكن موليا لأنه لا يلزمه بالوطء حق ولا يصير قاذفا بالوطء لأن القذف لا يتعلق بالشرط ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لها كما لا تصير زانية بطلوع الشمس وإن قال إن وطئتك فلله علي صوم هذا الشهر لم يكن موليا لأنه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه فلا يلزم بالنذر كما لو قال إن وطئتك فلله علي صوم أمس وإن قال إن وطئتك فلله علي أن أصلي عشرين ركعة كان موليا

وقال أبو حنيفة : لا يكون موليا لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها موليا كما لو قال إن وطئتك فلله علي أن أمشي في السوق

ولنا ان الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها موليا كالصوم والحج وما ذكره لا يصح فإن الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون موليا لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين : إما الكفارة وإما المشي فقد صار الحنث موجبا لحق عليه فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضا فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب وإن سلمنا فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسألتنا وإذا استثنى في يمينه لم يكن موليا في قول الجميع لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه وهذا إذا كانت اليمين بالله تعالى أو كانت يمينا مكفرة فأما الطلاق والعتاق فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ويكون موليا بهما سواء استثنى أو لم يستثن ." (١)

" مسائل وفصول قال : فمتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما والخلاف في حصول الفرقة

مسألة : قال : فمتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبدا

في هذه المسألة مسألتان :

المسألة الأولى : أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصل إلا بلعانهما جميعا وهل يعتبر تفريق الحاكم بينهما ؟ فيه روايتان :

إحداهما : أنه معتبر فلا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقي وقول أصحاب الرأي لقول ابن عباس في حديثه : ففرق رسول الله صلى الله عليه و سلم بينهما وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله وفي حديث عويمر قال : كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه و سلم وهذا يقتضي إمكان إمساكها وأنه وقع طلاقه ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ولا أمكنه إمساكها ولأن سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم فالفرقة المتعلقة به لم تقع إلا بحكم الحاكم كفرقة العنة

والرواية الثانية : تحصل الفرقة بمجرد لعانهما وهي اختيار أبي بكر وقول مالك و أبي عبيد عنه و أبي ثور و داود و زفر و ابن المنذر وروي ذلك عن ابن عباس لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبدا رواه سعيد ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم

---

(١) المغني، ٥٠٣/٨

الحاكم الرضاع ولأن الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه كالتفريق للعيب والإعسار ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما أن يبقى النكاح مستمرا و [قول النبي صلى الله عليه و سلم : لا سبيل لك عليها] يدل على هذا وتفريقه بينهما بمعنى إعلامه لهما بحصول الفرقة وعلى كلتا الروايتين لا تحصل الفرقة قبل تمام اللعان منهما

وقال الشافعي رحمه الله تعالى : تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده وإن لم تلتعن المرأة لأنها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق ولا نعلم أحدا وافق الشافعي على هذا القول وحكي عن البتي أنه لا يتعلق باللعان فرقة لما [روي أن العجلاني لما لاعن امرأته طلقها ثلاثا فأنفذه رسول الله صلى الله عليه و سلم ولو وقعت الفرقة لما نفذ طلاقه وكلا القولين لا يصح لأن النبي صلى الله عليه و سلم فرق بين المتلاعنين] رواه عبد الله بن عمر وسهل بن سعد وأخرجهما مسلم وقال سهل فكانت سنة لمن كان بعدهما أن يفرق بين المتلاعنين وقال عمر : المتلاعنان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا

وأما القول الآخر فلا يصح لأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما وإنما فرق النبي صلى الله عليه و سلم بينهما بعد تمام اللعان منهما فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة وفعل النبي صلى الله عليه و سلم ولأن لفظ اللعان لا يقتضي فرقة فإنه إنا أيمان على زناها أو شهادة بذلك ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصل التفريق وإنما ورد الشرع به بعد لعانهما فلا يجوز تعليقه على بعضه كما لم يجز تعليقه على بعض لعان الزوج ولأنه فسخ ثبت بأيمان مختلفين فلم يثبت بيمين أحدهما كالفسخ لتحالف المتبايعين عند الاختلاف ويبطل ما ذكروه بالفسخ بالعيب أو العتق وقول الزوج اختاري وأمرك بيدك أو وهبتك أو لنفسك واشباه ذلك كثير إذا ثبت هذا فإن قلنا إن الفرقة تحصل بلعانهما فلا تحصل إلا بعد إكمال اللعان منهما وإن قلنا لا تحصل إلا بتفريق الحاكم لم يجز له أن يفرق بينهما إلا بعد كمال لعانهما فإن فرق قبل ذلك كان تفريقه باطلا **وجوده كعدمه** وبهذا قال مالك وقال الشافعي : لا تقع الفرقة حتى يكمل الزوج لعانه وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن : إذا فرق بينهما بعد أن لاعن كل واحد منهما ثلاث مرات أخطأ السنة والفرقة جائزة وإن فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة لأن من أتى بالثلاث فقد أتى بالأكثر فيتعلق الحكم به

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان فلم يصح كما لو فرق بينهما لأقل من ثلاث أو قبل لعان المرأة ولأنها أيمان مشروعة لا يجوز للحاكم الحكم قبلها بالإجماع فإذا حكم لم يصح حكمه كأيمان المختلفين في البيع وكما قبل الثلاث ولأن الشرع إنما ورد بالتفريق بعد كمال السبب فلم يجز قبله كسائر الأسباب وما

ذكروه تحكم لا دليل عليه ولا أصل له ثم يبطل بما إذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة أو بمن توجهت عليه اليمين إذا أتى بأكثر حروفها وبالمسابقة إذا قال : من سبق إلى خمس إصابات فسبق إلى ثلاثة وبسائر الأسباب فأما إذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما ل [أن النبي صلى الله عليه و سلم فرق بين المتلاعنين ولم يستأذنهما] [وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه و سلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه و سلم فرق بين المتلاعنين] أخرجهما سعيد ومتى قلنا إن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم فلم يفرق بينهما فالنكاح باق بحاله لأن ما يبطل النكاح لم يوجد فأشبه ما لو لم يلاعن

فصل : وفرقة اللعان فسخ وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : هي طلاق لأنها فرقة من جهة الزوج تختص النكاح فكانت طلاقا كالفرقة بقوله : أنت طالق

ولنا أنها فرقة توجب تحريما مؤبدا فكانت فسخا كفرقة الرضاع ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقا كسائر ما ينفسخ به النكاح ولأنه لو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة

فصل : وذكر بعض أهل العلم أن الفرقة إنما حصلت باللعان لأن لعنة الله وغضبه قد وقع لأحدهما لتلاعنهما ف [إن النبي صلى الله عليه و سلم قال عند الخامسة : أنها الموجبة] أي إنها توجب لعنة الله وغضبه ولا نعلم من هو منهما يقينا ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون فيعلو امرأة غير ملعونة وهذا لا يجوز كما لا يجوز أن يعلو المسلمة كافر ويمكن أن يقال على هذا : لو كان هذا الاحتمال مانعا من دوام نكاحهما لمنعة من نكاح غيرها فإن هذا الاحتمال متحقق فيه ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة والغضب بأحدهما غير معين فيفضي إلى علو ملعون لغير أو إلى إمساكه لملعونة مغضوب عليها ويحتمل أن سبب الفرقة النفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه فإن الرجل إن كان صادقا فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رؤوس الأشهاد وأقامها مقام خزي وحقق عليها اللعنة والغضب وقطع نسب ولدها وإن كان كاذبا فقد اضاف إلى ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة والمرأة إن كانت صادقة فقد أكذبته على رؤوس الأشهاد وأوجبت عليه لعنة الله وإن كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه وخانته في نفسها وألزمته والفضيحة وأحوجته إلى هذا المقام المخزي فحصل لكل واحد نفرة من صاحبه لما حصل إليه من إساءته لا يكاد يلتئم لهما معها حال فاقتضت حكمه الشارع انحتام الفرقة بينهما وإزالة الصحبة

المتمحضة مفسدة ولأنه إن كان كاذبا عليها فلا ينبغي أن يسلط على إمساكها مع ما صنع من القبيح إليها وإن كان صادقا فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها ولهذا قال العجلاني : كذبت عليها أن أمسكتها

المسألة الثانية : أنها تحرم عليه باللعان تحريما مؤبدا فلا تحل له وإن أكذب نفسه في ظاهر المذهب ولا خلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يكذب نفسه لا تحل له إلا أن يكون قولا شاذا وأما إذا أكذب نفسه فالذي رواه الجماعة عن أحمد أنها لا تحل له أيضا وجاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنهم أن المتلاعنين لا يجتمعان أبدا وبه قال الحسن و عطاء و جابر بن زيد و النخعي و الزهري و الحكم و مالك و الثوري و الأوزاعي و الشافعي و أبو عبيد و أبو ثور و أبو يوسف وعن أحمد رواية أخرى : إن أكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله وهي رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه قال أبو بكر : لا نعلم أحدا رواها غيره وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق بينهما الحاكم فأما مع تفريق الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله وقد ذكرنا أن مذهب البتي أن اللعان لا يتعلق به فرقة وعن سعيد بن المسيب إن أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب وبه قال أبو حنيفة و محمد بن الحسن لأن فرقة اللعان عندهما طلاق وقال سعيد بن جبير : إن أكذب ردت إليه ما دامت في العدة

ولنا ما روى سهل بن سعد قال : مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا رواه الجوزجاني في كتابه بإسناده وروي مثل هذا عن الزهري و مالك ولأنه تحريم لا يرتفع قبل الحد والتكذيب فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع

فصل : فإن كانت أمة فاشتراها ملاعنها لم تحل له لأن تحريمها تحريم مؤبد فحرمت به على مشتريها كالرضاع ولأن المطلق ثلاثا إذا اشترى مطلقته لا تحل له قبل زوج وإصابة فههنا أولى لأن هذا التحريم مؤبد وتحريم الطلاق ليس بمؤبد ولأن تحريم الطلاق يختص النكاح وهذا لا يختص به وهذا مذهب الشافعي ." (١)

" مسألة القتل العمد أنواعه وأحكامه

مسألة : قال : فالعمد ما ضربه بحديدة أو خشبه كبيرة فوق عمود الفسطاط أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة أو فعل به فعلا الغالب من ذلك الفعل أنه يتلف

وجملة ذلك أن العمد نوعان :

---

(١) المغني، ٢٩/٩

أحدهما : أن يضربه بمحدد وهو ما يقطع ويدخل في البدن كالسيف والسكين والسنان وما في معناه مما يحد فيخرج من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والقصب والخشب فهذا كله إذا جرح به جرحا كبيرا فمات فهو قتل عمد لا خلاف فيه بين العلماء فيما علمناه فأما إن جرحه جرحا صغيرا كشرطة الحجام أو غرزه بإبرة أو شوكة نظرت فإن كان في مقتل كالعين والفؤاد والخاصرة والصدغ وأصل الأذن فمات فهو عمد أيضا لأن الإصابة بذلك في المقتل كالجرح بالسكين في غير المقتل وإن كان في مقتل نظرت فإن كان قد بالغ في إدخالها في البدن فهو كالجرح الكبير لأن هذا يشتد ألمه ويفضي إلى القتل كالكبير وإن كان الغور يسيرا أو جرحه بالكبير جرحا بالكبير جرحا لطيفا كشرطة الحجام فما دونها فقال أصحابنا : إن بقي من ذلك ضمنا حتى مات ففيه القود لأن الظاهر أنه مات وإن مات في الحال ففيه وجهان : أحدهما : لا قص ١ص فيه قاله ابن حامد لأن الظاهر أنه لم يمت منه ولأنه لا يقتل غالبا فأشبه العصا والسوط والتعليل الأول أجود لأنه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهرا كان ذلك شبهة في درء القصاص ولو كانت العلة كونه لا يحصل به القتل غالبا لم يفترق الحال بين موته في الحال وموته متراخيا عنه كسائر ما لا يجب به القصاص والثاني : فيه القصاص لأن المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحمة أذنه أو قطع أنملته ولأنه لما لم يمكن إدارة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونهمحددا ولا يعتبر ظهور الحكم في آحاد صور المظنة بل يكفي احتمال الحكمة ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقي ضمنا مع أن العمد لا يختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الإفضاء وإبطائه ولأن في البدن مقاتل خفية وهذا له سراية ومور فأشبه الجرح الكبير وهذا ظاهر كلام الخرقي فإنه لم يفرق بين الصغير والكبير وهو مذهب أبي حنيفة ول لشافعي من التفصيل نحو ما ذكرنا

النوع الثاني : القتل بغير المحدد مما يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد موجب للقصاص أيضا وبه قال النخعي و الزهري و ابن سيرين و حماد وعمروبن دينار و ابن أبي ليلى و مالك و الشافعي و إسحاق و أبو يوسف ومحمد وقال الحسن : لا قود في ذلك وروي ذلك عن الشعبي وقال ابن المسيب و عطاء و طاوس : العمد ما كان بالسلاح وقال أبو حنيفة : لا قود في ذلك إلا أن يكون قتله بالنار وعنه في مثقل الحديد روايتان واحتج بقول النبي صلى الله عليه و سلم : [ألا أن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل] فسماه عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص ولأن العمد لا يمكن اعتباره بنفسه فيجب ضبطه بمظنته ولا يمكن ضبطه بما يقتل غالبا لحصول العمد بدونه في الجرح الصغير فوجب ضبطه بالجرح

ولنا قول الله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾ وهذا مقتول ظلما وقال الله تعالى : ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾

[وروى أنس أن يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه و سلم بين حجرين] متفق عليه [وروى أبو هريرة قال : قام رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال : ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما يودي وإما أن يقاد] متفق عليه ولأنه يقتل غالبا فأشبه المحدد وأما الحديث فمحمول على المثقل الصغير لأنه ذكر العصا والسوط وقرن به الحج فدل على أنه أراد ما يشبههما وقولهم لا يمكن ضبطه ممنوع فإننا نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به فإذا شككنا لم نوجبه مع الشك وصغير الجرح قد سبق القول فيه ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح بدليل ما لو قتله بالنار أو بمثقل الحديد إذا ثبت هذا فإن هذا النوع يتنوع أنواعا

أحدها : أن يضربه بمثقل كبير يقتل مثله غالبا سواء كان من حديد كاللت والسندان والمطرقة أو حجر ثقيل أو خشبة كبيرة وحد الخرقي الخشبة الكبيرة بما فوق عمود الفسطاط يعني العمد التي يتخذها الأعراب لبيوتها وفيها دقة فأما عمد الخيام فكبيرة تقتل غالبا فلم يردها الخرقي وإنما حد الموجب للقصاص بما فوق عمود الفسطاط ل [أن النبي صلى الله عليه و سلم لما سئل عن المرأة التي ضربت جاريتها بعمود فسطاط فقتلتها وجنينها قضى النبي صلى الله عليه و سلم في الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها] والعاقلة لا تحمل العمد فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد وإن كان أعظم منه فهو عمد لأنه يقتل غالبا ومن هذا النوع أن يلقي عليه حائطا أو صخرة أو خشبة عظيمة أو ما أشبه مما يهلكه غالبا فيهلكه ففيه القود لأنه يقتل غالبا

النوع الثاني : أن يضربه بمثقل صغير كالعصا والسوط والحجر الصغير أو يلكزه بيده في مقتل أو في حال ضعف من المضروب لمرض أو صغر أو في زمن مفرط الحر أو البرد بحيث تقتله تلك الضربة أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالبا ففيه القود لأنه قتله بما يقتل مثله غالبا فأشبه الضرب بمثقل كبير ومن هذا النوع لو عصر خصيته عصرا شديدا فقتله بعصر يقتل مثله غالبا فعليه القود وإن لم يكن كذلك في جميع ما ذكرناه فهو عمد الخطأ وفيه الدية إلا أن يصغر جدا كالضربة بالقلم والأصبع في غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به فلا قود فيه ولا دية لأنه لم يمت به وكذلك إن مسه بالكبير ولم يضربه به لأن الدية إنما تجب بالقتل وليس هذا بقتل

النوع الثالث : أن يمنع خروج نفسه وهو ضربان : أحدهما : أن يجعل في عنقه خراطة ثم يعلقه في خشبة أو شيء بحيث يرتفع عن الأرض فيختنق ويموت فهذا عمد سواء مات في الحال أو بقي زمنا لأن هذا أوحى أنواع الخنق وهو الذي جرت العادة بفعله من الولادة في اللصوص وأشباههم من المفسدين والضرب الثاني : أن يخنقه وهو على الأرض بيديه أو منديل أو حبل أو يغمه بوسادة أو شيء يضعه على فيه وأنفه أو يضع يديه عليهما فيموت فهذا إن فعل به ذلك مدة يموت في مثلها غالبا فمات فهو عمد فيه القصاص وبه قال عمر بن عبد العزيز و النخعي و الشافعي وإن فعله في مدة لا يموت في مثلها غالبا فمات فهو عمد الخطأ إلا أن يكون ذلك يسيرا في العادة بحيث لا يتوهم الموت منه فلا يوجب ضمانا لأنه بمنزلة لمسه وإن خنقه وتركه مثلا حتى مات ففيه القود لأنه مات من سراية جنايته فهو كالميت من سراية الجرح وإن تنفس وصح ثم مات فلا قود لأن الظاهر أنه لم يمت منه فأشبه مالو اندمل الجرح ثم مات

النوع الرابع : أن يلقيه في مهلكة وذلك على أربعة أضرب أحدها : أن يلقيه من شاهق كرأس جبل أو حائط عال يهلك به غالبا فيموت فهو عمد الثاني : أن يلقيه في نار أو ماء يغرقه ولا يمكنه التخلص منه إما لكثرة الماء أو النار وإما لعجزه عن التخلص لمرض أو صغر أو كونه مربوطا أو منعه الخروج أو كونه في حفيرة لا يقدر على الصعود منها ونحو هذا أو القاه في بئر ذات نفس فمات به عالما بذلك فهذا كله عمد لأنه يقتل غالبا وإن ألقاه في ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه اختيارا حتى مات فلا قود ولا دية لأن هذا الفعل لم يقتله وإنما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره وإن تركه في نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو كونه في طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود لأن هذا لا يقتل غالبا وهل يضمنه ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا يضمنه لأنه ملك لنفسه بإقامته فلم يضمنه كما لو ألقاه في ماء يسير لكن يضمن ما أصابت النار منه والثاني : يضمنه لأنه جان بالإلقاء المفضي إلى الهلاك وترك التخلص لا يسقط الضمان كما لو فصده فترك شد فصاده مع إمكانه أو جرحه فترك مداواة جرحه وفارق الماء لأنه لا يهلك بنفسه ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة والصيد وأما النار فيسيرها يهلك وإنما تعلم قدرته على التخلص بقوله : أنا قادر على التخلص أو نحو هذا لأن النار لها حررة شديدة فربما أزعجته حرارتها عن معرفة ما يتخلص به أو أذهبت عقله بألمهاوروعتها وإن القاه في لجة لا يمكنه التخلص منها فالتقمه حوت ففيه وجهان : أحدهما : عليه القود لأنه القاه في مهلكة فهلك فأشبه ما لو غرق فيها والثاني : لا قود عليه لأنه لم يهلك بها أشبه ما لو قتله آدمي آخر وإن ألقاه في ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه لأن الذي فعله لا يقتل غالبا وعليه ضمانه لأنه هلك بفعله

الضرب الثالث : أن يجمع بينه وبين أسد أو نمر في مكان ضيق كزينة ونحوها فيقتله فهذا عمد فيه القصاص إذا فعل السبع به فعلا يقتل مثله وإن فعل به فعلا لو فعله الآدمي لم يكن عمدا لم يجب القصاص به لأن السبع صار آلة للآدمي فكان فعله كفعله وإن ألقاه مكتوفا بين يدي الأسد أو النمر في فضاء فأكله فعليه القود وكذلك إن جمع بينه وبين حية في مكان ضيق فنهشته فقتلته فعليه القود وقال القاضي : لا ضمان عليه في الصورتين وهو قول أصحاب الشافعي لأن الأسد والحية يهربان من الآدمي ولأن هذا سبب غير ملجىء

ولنا أن هذا يقتل غالبا فكان عمدا محضا كسائر الصور وقولهم : إنهما يهربان غير صحيح فإن الأسد يأخذ الآدمي المطلق فكيف يهرب من مكتوف ألقي إليه ليأكله ؟ والحية إنما تهرب في مكان واسع أما إذا ضاق المكان فالغالب أنها تدقع عن نفسها بالنهش على ما هو العادة

وقد ذكر القاضي فيمن ألقي مكتوفا في ارض مسبعة أو ذات حيات فقتلته أن في وجوب القصاص روايتين وهذا تناقض شديد فإنه نفي الضمان بالكلية في صورة كان القتل فيها أغلب وأوجب القصاص في صورة كان فيها أندر والصحيح أنه لا قصاص ههنا ويجب الضمان لأنه فعل به فعلا متعمدا تلف به لا يقتل مثله غالبا وإن أنهشه حية أو سبا فقتله فعليه القود إذا كان ذلك ممايقتل غالبا فإن كان مما لا يقتل غالبا كثعبان الحجاز أو سبع صغير ففيه وجهان : أحدهما : فيه القود لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به وهذا جرح ولأن الحية من جنس ما يقتل غالبا والثاني : هو شبيه العمد لأنه لا يقتل غالبا أشبه الضرب بالعصا والحجر وإن كتفه وألقاه في أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه العمد وقال أصحاب الشافعي : هو خطأ محض

ولنا أنه فعل به فعلا لا يقتل مثله غالبا فأفضى إلى هلاكه أشبه ما لو ضربه بعصا فمات وكذلك إن ألقاه مشدودا في موضع لم يعهد وصول زيادة الماء إليه فأما إن كان في موضع يعلم وصول زيادة الماء إليه في ذلك الوقت فمات بها فهو عمد محض وإن كانت غير معلومة إما لكونه تحتمل الوجود وعدمه أو لا تعهد أصلا فهو شبه عمد

الضرب الرابع : أن يحبسه في مكان ويمنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت فعليه القود لأن هذا يقتل غالبا وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال فإذا كان عطشان في شدة الحر مات في الزمن القليل وإن كان ريان والزمن بارد أو معتدل لم يمت إلا في زمن طويل فيعتبر هذا فيه وإن كان في مدة يموت في مثلها غالبا ففيه القود وإن كان لا يموت في مثلها غالبا فهو عمد الخطأ وإن

شككنا فيها لم يجب القود لأننا شككنا في السبب ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه سيما القصاص الذي يسقط بالشبهات

النوع الخامس : أن يسقيه سما أو يطعمه شيئا قاتلا فيموت به فهو عمد موجب للقود إذا كان مثله يقتل غالبا وإن خلطه بطعام وقدمه إليه فأكله أو أهداه إليه أو خلطه بطعام رجل ولم يعلم ذلك فأكله فعليه القود لأنه يقتل غالبا وقال الشافعي في أحد قوليه : لا قود عليه لأنه أكله مختارا فأشبه ما لو قدم إليه سكينا فطعن بها نفسه ول [أن أنس بن مالك روى أن يهودية أتت رسول الله صلى الله عليه و سلم بشاة مسمومة فأكل منها النبي صلى الله عليه و سلم ولم يقتلها النبي صلى الله عليه و سلم] قال : وهل يجب القود ؟ فيه قولان

[ولنا خبر اليهودية فإن أبا سلمة قال فيه : فمات بشر بن البراء فأمر بها النبي صلى الله عليه و سلم فقتلت] أخرجه أبو داود ولأن هذا يقتل غالبا ويتخذ طريقا إلى القتل كثيرا فأوجب القصاص كما لو أكرهه على شربه فأما حديث أنس فلم يذكر فيه أن أحدا مات منه ولا يجب القصاص إلا أن يقتل به ويجوز أن يكون النب صلى الله عليه و سلم لم يقتلها قبل أن يموت بشر ابن البراء فلما مات أرسل إليها النبي صلى الله عليه و سلم فسألها فاعترفت فقتلها فنقل أنس صدر القصة دون آخرها ويتعين حمله عليه جمعا بين الخبرين ويجوز أن يترك قتلها لكونها ما قصدت بشر بن البراء إنما قصدت قتل النبي صلى الله عليه و سلم فاختل العمد بالنسبة إلى بشر وفارق تقديم السكين لأنها لا تقدم إلى إنسان ليقتل بها نفسه إنما تقدم إليها لينتفع بها وهو عالم بمضرتها ونفعها فأشبه ما لو قدم إليه السم وهو عالم به فأما إن خلط السم بطءام نفسه وتركه في منزله فدخل إنسان فأكله فليس عليه ضمان بقصاص ولا دية لأنه لم يقتله وإنما الداخل قتل نفسه فأشبه ما لو حفر في داره بئرا فدخل رجل فوقع فيها وسواء قصد بذلك قتل الآكل مثل أن يعلم ظالما يريد هجوم داره فترك السم فأكل الطعام ليقتله فه كما لو حفر بئرا في داره ليقع فيها اللص إذا دخل ليسرق منها ولو دخل رجل بإذنه فأكل الطعام المسموم بغير إذنه لم يضمنه لذلك وإن خلطه بطعام رجل أو قدم طعاما مسموما وأخبره بسمه فأكله لم يضمنه لأنه أكله عالما بحاله فأشبه ما لو قدم إليه سكينا فوجأ بها نفسه وإن سقى إنسانا سما أو خلطه بطعامه فأكله ولم يعلم به وكان مما لا يقتل مثله غالبا فهو شبه عمد فإن اختلف فيه هل يقتل مثله غالبا أو لا ؟ وثم بينة تشهد عمل بها وإن قالت البينة : هو يقتل النضو الضعيف دون القوي أو غير هذا عمل على حسب ذلك وإن لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقي رأن الأصل عدم وجوب القصاص فلا يثبت بالشك ولأنه أعلم بصفة ما سقى وإن ثبت

أنه قاتل فقال لم أعلم أنه قاتل ففيه وجهان : أحدهما : عليه القود لأن السم من جنس ما يقتل به غالبا فأشبه ما لو جرحه وقال لم أعلم أنه يموت منه والثاني : لا قود عليه لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وهذه شبهة يسقط بها القود

النوع السادس : أن يقتله بسحر يقتل غالبا فيلزمه القود لأنه قتله غالبا فأشبه ما لو قتله بسكين وإن كان مما لا يقتل غالبا أو كان مما يقتل ولا يقتل ففيه الدية دون القصاص لأنه عمد الخطأ فأسبه ضرب العصا

النوع السابع : أن يتسبب إلى قتله بما يقتل غالبا وذلك اربعة أضرب أحدها : أن يكره رجلا على قتل آخر فيقتله فيجب القصاص على المكره والمكره جميعا وبهذا قال مالك وقال أبو حنيفة ومحمد : يجب القصاص على المكره دون المباشر ل [قوله عليه الصلاة السلام : عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه] ولأن المكره آلة للمكره بدليل وجوب القصاص على المكره ونقل فعله إليه فلم يجب على المكره كما لو رمى به عليه فقتله وقال زفر : يجب على المباشر دون المكره لأن المباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع والآمر مع القاتل وقال الشافعي : يجب على المكره وفي المكره قولان وقال أبو يوسف : لا يجب على واحد منهما لأن المكره لم يباشر القتل فهو كحافر البئر والمكره ملجأ فأشبه المرمي به على إنسان

ولنا على وجوبه على المكره أنه تسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالبا فأشبه ما لو ألسعه حية أو ألقاه على أسد في زبية

ولنا على وجوبه على المكره أنه قتله عمدا ظلما لاستبقاء نفسه فأشبه ما لو قتله في المخمصة ليأكله وقولهم إن المكره ملجأ غير صحيح فإنه متمكن من الامتناع ولذلك أثم بقتله وحرم عليه وإنما قتله عند الإكراه ظنا منه أن في قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره فأشبه القاتل في المخمصة ليأكله وإن صار الأمر إلى الدية وجبت عليهما وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومحمد : لا دية على المكره بناء منهما على أنه آلة وقد بينا فساده وإنما هما شريكان يجب القصاص عليهما جميعا فوجبت الدية عليهما كالشريكين بالفعل وكما يجب الجزاء على الدال على الصيد في الإحرام والمباشر والردء كالمباشر في المحاربة فعلى هذا إن أحب الولي قتل أحدهما وأخذ نصف الدية من الآخر أو العفو عنه فله ذلك

الضرب الثاني : إذا شهد رجلان على رجل بما يوجب قتله فقتل بشهادتهما ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلما وكذبهما في شهادتهما فليهما القصاص وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة : لا قصاص عليهما لأنه تسبب غير ملجىء فلا يوجب القصاص كحفر البئر

ولنا ما روى القاسم بن عبد الرحمن أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال علي لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وغرمهما دية يده ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القصاص كالمكره

الضرب الثالث : الحاكم إذا حكم على رجل بالقتل عالما بذلك متعمدا فقتله واعترف بذلك وجب القصاص والكلام فيه كالكلام في الشاهدين ولو أن الولي الذي باشر قتله أقر بعلمه بكذب الشهود وتعمد قتله فعليه القصاص لا أعلم فيه خلافا فإن أمر الشاهدان والحاكم والوالي جميعا بذلك فعلى الولي القصاص لأنه باشر القتل عمدا وعدوانا وينبغي أن لا يجب على غيره شيء لأنهم متسببون والمباشرة تبطل حكم السبب كالدافع مع الحافر ويفارق هذا ما إذا لم يقر لأنه لم يثبت حكم مباشرة القتل في حقه ظلما فكان **وجوده كعدمه** ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم لأن الجميع متسببون وإن صار الأمر إلى الدية فهي عليهم أثلاثا ويحتمل أن يتعلق الحكم بالحاكم وحده لأن تسببه أخص من تسببهم فإن حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله فأشبه المباشر مع المتسبب ولو كان الولي المقر بالتعمد لم يباشر القتل وإنما وكل فيه نظرت في الوكيل فإن أقر بالعلم وتعمد القتل ظلما فهو القاتل وحده لأنه مباشر للقتل عمدا وظلما من غير إكراه فتعلق الحكم به كما لو أمر بالقتل في غير هذه الصورة وإن لم يعترف بذلك فالحكم متعلق بالولي كما لو باشره والله أعلم ." (١)

" مسألتان وفصلان في السبق والرهان

مسألة : قال : وإذا أراد أن يستبقا أخرج أحدهما ولم يخرج الآخر فإن سبق من أخرج احرز سبقه ولم يأخذ من المسبوق شيئا وإن سبق من لم يخرج احرز سبق صاحبه

وجملته أن المسابقة إذا كانت بين اثنين أو حزبين لم تخل أما أن يكون العوض منهما أو من غيرهما فإن كان من غريهما نظرت فإن كان من الإمام جاز سواء كان من ماله أو من بيت المال لأن في ذلك مصلحة وحثا على تعلم الجهاد ونفعا للمسلمين وإن كان غير إمام جاز له بذل العوض من ماله وبهذا قال

---

(١) المغني، ٣٢٢/٩

أبو حنيفة و الشافعي وقال مالك لا يجوز بذل العوض من غير الإمام لأن هذا مما يحتاج إليه للجهاد فاختص به الإمام لتولية الولايات وتأمير الأمراء

ولنا أنه بذل لماله فيما فيه مصلحة وقربة فجاز كما لو اشترى به خيلا وسلاحا فأما إن كان منهما أنه اشترط كون الجعل من أحدهما دون الآخر فيقول أن سبقتني فلك عشرة وإن سبقتك فلا شيء عليك فهذا جائز وحكي عن مالك أنه لا يجوز لأنه قمار

ولنا أن أحدهما يختص بالسبق فجاز كما لو أخرجه الإمام ولا يصح ما ذكره لأن القمار أن لا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أ ويغرم وههنا لا خطر على أحدهما فلا يكون قمارا فإذا سبق المخرج أحرز سبقه ولا شيء له على صاحبه وإن سبق الآخر أخذ سبق المخرج فملكه وكان كسائر ماله لأنه عوض في الجعالة فيملك فيها كالعوض المجهول في رد الضالة والآبق وإن كان العوض في الذمة فهو دين يقضى به عليه ويجبر على تسليمه إن كان موسرا وإن أفلس ضرب مع الغرماء

فصل : والمسابقة عقد جائز ذكره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر هو لازم إن كان العوض منهما وجائز إذا كان من أحدهما أو من غيرهما وذكره القاضي احتمالا لأنه عقد من شرطه أن يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازما كالإجارة

ولنا أنه عقد على ما لا تتحقق القدرة على تسليمه فكان جائزا كرد الآبق فإنه عقد على الإصابة ولا يدخل تحت قدرته وبهذا فارق الإجارة فعلى هذا لكل واحد من المتعاقدين الفسخ قبل الشروع في المسابقة وإن أراد أحدهما الزيادة فيها أو النقصان منها لم يلزم الآخر إجابته وأما بعد الشروع في المسابقة فإن كان لم يظهر لأحدهما فضل على الآخر جاز الفسخ لكل واحد منهما وإن ظهر لأحدهما فضل مثل أن يسبقه بفرسه في بعض المسابقة أو يصيب بسهامه أكثر منه فللفاضل الفسخ ولا يجوز للمفضول لأنه لو جاز له ذلك لفات غرض المسابقة لأنه متى بان له سبق صاحبه له فسخها وترك المسابقة فلا يحصل المقصود وقال أصحاب الشافعي إذا قلنا العقد جائز ففي جواز الفسخ من المفضول وجهان

فصل : ويشترط أن يكون العوض معلوما لأنه مال في عقد فكان معلوما كسائر العقود ويكون معلوما بالمشاهدة أو بالقدر والصفة على ما تقدم في غير موضع ويجوز أن يكون حالا ومؤجلا كالعوض في البيع ويجوز أن يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلو قال أن نضلتني فلك دينار حال وقفيز حنطة بعد شهر جاز وصح النضال لأن ما جاز أن يكون حالا ومؤجلا جاز أن يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا كالثمن غير أنه يحتاج إلى صفة الحنطة بما تصير به معلومة

فصل : فإن شرط أن يطعم السبق أصحابه فالشرط فاسد لأنه عوض على عمل فلا يستحق غير العامل كالعوض في رد الآبق ولا يفسد العقد وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يفسد

ولنا أنه عقد لا تقف صحته على تسمية بدل فلم يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح وذكر القاضي أن الشروط الفاسدة في المسابقة تنقسم قسمين

أحدهما : ما يخل بشرط صحة العقد نحو أن يعود إلى جهالة العوض أو المسافة ونحوهما فيفسد العقد لأن العقد لا يصح مع فوات شرطه

والثاني : ما لا يخل بشرط العقد نحو أن يشترط أن يطعم السبق أصحابه أو غيرهم أو يشرط أنه إذا نضل لا يرمي أبدا أو لا يرمي شهرا أو شرطا أن لكل واحد منهما أو لأحدهما فسخ العقد متى شاء بعد الشروع في العمل وأشباه هذا فهذه شروط باطلة في نفسها وفي العقد المقترن بها وجهان :

أحدهما : صحته لأن العقد تم بأركانه وشروطه فإذا حذف الزائد الفاسد بقي العقد صحيحا

والثاني : يبطل لأنه بذل العوض لهذا الغرض فإذا لم يحصل له غرضه لا يلزمه العوض وكل موضع فسدت المسابقة فإن كان السابق المخرج أمسك سبقه وإن كان الآخر فله أجر عمله لأنه عمل بعوض لم يسلم له فاستحق أجر المثل كالإجارة الفاسدة

فصل : وإذا كان المخرج غير المتسابقين فقال لهما أو لجماعة أيكم سبق فله عشرة جاز لأن كل منهم يطلب أن يكون سابقا وأيهم سبق استحق العسرة وإن جاؤوا جميعا فلا شيء لواحد منهم لأنه لا سابق فيهم وإن قال لاثنين أيكما سبق فله عشرة وأيكما صلى فله عشرة لم يصح لأنه لا فائدة في طلب السبق فلا يحرص عليه لعدم فائدته فيه وإن قال : ومن صلى فله خمسة صح لأن كل واحد يطلب السبق لفائدته فيه بزيادة الجعل وإن كانوا أكثر من اثنين فقال من سبق فله عشرة ومن صلى فله كذلك صح لأن كل واحد منهم يطلب أن يكون سابقا أو مصليا والمصلي هو الثاني لأن رأسه عند صلي الآخر والصلوان هما العظمان الناتئان من جانبي الذنب وفي الأثر عن علي رضي الله عنه أنه قال : سبق أبو بكر وصلى عمر وخبطتنا عشواء وقال الشاعر :

(إن تبتدر غاية يوما لمكرمة ... تلق السوابق منا والمصلينا)

فإن قال للمجلي وهو الأول مائة وللمصلي وهو الثاني تسعون وللتالي وهو الثالث ثمانون وللنازع هو الرابع سبعون وللمرتاح وهو الخامس ستون وللحظي وهو السادس خمسون وللعاطف وهو السابع أربعون وللمؤمل وهو الثامن ثلاثون وللطيم وهو التاسع عشرون وللسكيت وهو العاشر عشرة وللفسكل وهو الآخر

خمسة صح لأن كل واحد يطلب السبق فإذا فاته طلب ما يلي السابق والفسكل اسم للآخر ثم يستعمل هذا في غير المسابقة بالخيل تجوزا كما روي أن أسماء ابنة عميس كانت تزوجت جعفر بن أبي طالب وولدت له عبد الله ومحمدا وعونا ثم تزوجها أبو بكر الصديق فولدت له محمد بن أبي بكر ثم تزوجها علي بن أبي طالب فقالت له أن ثلاثة أنت آخرهم لأخيار فقال لولدها فسكلتني أمكم وإن جعل للمصلي أكثر من السابق أو مثله أو جعل للتالي أكثر من المصلي أو مثله أو لم يجعل للمصلي شيئا لم يجز لأن ذلك يفضي إلى أن لا يقصد السبق بل بقصد التأخر فيفوت المقصود

فصل : إذا قال لعشرة من سبق منكم فله عشرة صح فإن جاؤوا معا فلا شيء لهم لأنه لم يوجد الشرط الذي يستحق به الجعل في واحد منهم وإن سبقهم واحد فله العشرة لوجود الشرط فيه وإن سبق اثنان فلهما العشرة وإن سبق تسعة وتأخر واحد فالعشرة للتسعة لأن الشرط وجد فيهم فكان الجعل بينهم كما لو قال من رد عبدي الآبق فله عسرة فرده تسعة ويحتمل أن يكون لكل واحد من السابقين عشرة لأن كل واحد منهم سابق قيستحق الجعل لكماله كما لو قال من رد عبدا لي فله عشرة فرد كل واحد عبدا وفارق ما لو قال من رد عبدي فرده تسعة لأن كل واحد منهم لم يرده إنما رده حصل من الكل ويصير هذا كما لو قال من قتل قتيلا فله سلبه فإن قتل كل واحد واحدا فلكل واحد سلب قتيله كاملا وإن قتل الجماعة واحدا فلجميعهم سلب واحد وههنا كل واحد له سبق مفرد فكان له الجعل كاملا فعلى هذا لو قال من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة وصلى خمسة فعلى الأول من الوجهين للسابقين عشرة لكل واحد منهم درهمان وللمصلين خمسة لكل واحد منهم درهم وعلى الوجه الثاني لكل واحد من السابقين عشرة فيكون لهم خمسون ولكل واحد من الصلين خمسة فيكون لهم خمسة وعشرون ومن قال بالوجه الأول احتمل على قوله أن لا يصح العقد على هذا الوجه لأنه يحتمل أن يسبق تسعة فيكون لهم عشرة لكل واحد درهم وتسع ويصلي واحد فيكون له خمسة فيصير للمصلي من الجعل فوق ما للسابق فيفوت المقصود

مسألة : قال : وإن أخرجا جميعا لم يجز إلا أن يدخلا بينهما محللا يكافىء فرسه فرسيهما أو بعيره بعيرهما أو رميه رمييهما فإن سبقهما أحرز سبقيهما وإن كان السابق أحدهما أحرز سبقه وأخذ سبق صاحبه فكان كسائر ماله ولم يأخذ من المحلل شيئا

السبق بالفتح الجعل الذي يسابق عليه ويسمى الخطر والندب والقرع والرهن ويقال سبق إذا أخذ وإذا أعطى وهو من الأضداد ومتى استبق الاثنان والجعل بينهما فأخرج كل واحد منهما لم يجز وكان قمارا لأن كل واحد منهما لا يخلو من أن يغنم أو يغرم وسواء كان ما أخرجاه متساويا مثل أن يخرج كل واحد

منهما عشرة أو متفاوتا مثل أن أخرج أحدهما عشرة والآخر خمسة ولو قال أن سبقتين فلك علي عشرة وإن سبقتك فلي عليك قفيز حنطة أو قال ان سبقتني فلك علي عشرة ولي عليك قفيز لم يجز لما ذكرناه فإن أدخلا بينهما محللا وهو ثالث لم يخرج شيئا جاز وبهذا قال سعيد بن المسيب و الزهري و الأوزاعي و إسحاق وأصحاب الرأي وحكي أشهب عن مالك أنه قال في المحلل لا أحبه وعن جابر بن زيد أنه قيل له أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم كانوا لا يرون بالدخيل بأسا قال هم أعف من ذلك ولنا ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : [من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار] رواه أبو داود فجعله قمارا إذا أمن أن يسبق لأنه لا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرم وإذا لم يؤمن أن يسبق لم يكن قمارا لأن كل واحد منهما يجوز أن يخلو عن ذلك ويشترط أن يكون فرس المحلل مكافئا لفرسيهما أو بعيره مكافئا لبعيريهما ورميه لرمييهما فإن لم يكن مكافئا مثل أن يكون فرساهما جوادين وفرسه بطيء فهو قمار للخبر ولأنه مأمون سبقه **فوجوده كعدمه** وإن كان مكافئا لهما جاز فإن جاؤوا كلهم الغاية دفعة واحدة أحرز كل واحد منهما سبق نفسه ولا شيء للمحلل لأنه لا سابق فيهما وكذلك أن سبق المستبقان المحلل وإن سبق المحلل وحده أحرز السبقين بالاتفاق وإن سبق أحد المستبقين وحده أحرز سبق نفسه وأخذ سبق صاحبه ولم يأخذ من المحلل شيئا وإن سبق أحد المستبقين والمحلل أحرز السابق مال نفسه ويكون سبق المسبوق بين السابق والمحلل نصفين سواء كان المستبقون اثنين او أكثر حتى لو كانوا مائة وبينهم محلل لا سبق منه جاز وكذلك لو كان المحلل جماعة جاز لأنه لا فرق بين الأثنين والجماعة وهذا كله مذهب الشافعي

فصل : ويشترط في المسابقة بالحيوان تحديد المسافة وأن يكون لابتداء عدوهما وآخرة غاية لا يختلفان فيها لأن الغرض معرفة أسبقهما ولا يعلم ذلك إلا بتساويهما في الغاية ولأن أحدهما قد يكون مقصرا في أول عدوه سريعا في انتهائه وقد يكون بضد ذلك فيحتاج إلى غاية تجمع حاليه ومن الخيل ما هو أصبر والقارح أصبر من غيره [وقد روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه و سلم سبق بين الخيل وفضل القرح في الغاية] رواه أبو داود وسبق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع وذك ستة أميال أو سبعة وبين التي لم تضمر من الثنية إلى مسجد بني زريق وذلك ميل أو نحوه فإن استبقا بغير غاية لينظرا أيهما يقف أو لا لم يجز لأنه يؤدي إلى أن لا يقف أحدهما حتى ينقطع فرسه ويتعذر الأشهاد على السبق فيه ويشترط في المسابقة إرسال الفرسين أو البعيرين دفعة واحدة فإن أرسل احدهما قبل الآخر ليعلم هل

يدركه الآخر أو لا ؟ لم يجز هذ في المسابقة بعوض لأنه قد لا يدركه مع كونه أسرع منه لبعد المسافة بينهما ويكون عند أول المسافة من يشاهد ارسالهما ويرتبهما وعند الغاية من يضبط السابق منهما لئلا يختلفا في ذلك ويحصل السبق في الخيل بالرأس إذا تماثلت الأعناق فإن اختلفا في طول العنق أو كان ذلك في الإبل اعتبر السبق بالكتف لأن الاعتبار بالرأس متعذر فإن طويل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا لسرعة عدوه وفي الإبل ما يرفع راسه وفيها ما يمد عنقه فربما سبق رأسه لمد عنفه لا لسبقه فلذلك اعتبرنا الكتف فإن سبق رأس قصير العنق فهو سابق لأن من ضرورة ذلك كونه سابقا وإن سبق طويل العنق بأكثر مما بينهما في طول العنق فقد سبق وإن كان بقدره لم يسبقه وإن كان أقل فالآخر السابق ونحو هذا كله قول الشافعي وقال الثوري إذا سبق أحدهما بالأذن كان سابقا ولا يصح لأن أحدهما قد يرفع رأسه ويمد الآخر عنقه فيكون سابقا بإذنه لذلك لا لسبقه وان شرطا السبق باقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح وقال بعض أصحاب الشافعي يصح ويتخاطان ذلك كما في الرمي وليس بصحيح لأن هذا لا ينضبط ولا يقف الفرسان عند الغاية بحيث يعرف مساحة ما بينهما

وقد [روى الدار قطني بإسناده عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم قال لعلي : قد جعلت لك هذه السبقة بين الناس] فخرج علي فدعا سراقة بن مالك فقال يا سراقة إني قد جعلت إليك ما جعل النبي صلى الله عليه و سلم في عنقي من هذه السبقة في عنقك فإذا أتيت الميطان . قال أبو عبد الرحمن الميطان مرسلها من الغاية . فصف الخيل ثم ناد هل من مصلح للجام أو حامل لغلام أو طارح لجل فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثا ثم خلها عند الثالثة فيسعد الله بسبقه من شاء من خلقه وكان علي يقعد على منتهى الغاية يخط خطا ويقيم رجلين متقابلين عند طرف الخط طرفيه بين ابهامي ارجلهما وتمر الخيل بين الرجلين ويقول لهما إذا خرج أحد الفرسين على صاحبه بطرف أذنيه أو أذن أو عذار فاجعلا السبقة له فإن شككتما فاجعلوا سبقهما نصفين فإذا قرنتم ثنتين فاجعلا الغاية من غاية اصغر الثنتين ولا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام وهذا الأدب الذي ذكره في هذا الحديث في ابتداء الإرسال وانتهاء الغاية من أحسن ما قيل في هذا وهو مروي عن أمير المؤمنين علي رضي الله عنه في قضية أمره بها رسول الله صلى الله عليه و سلم وفوضها إليه فينبغي أن تتبع ويعمل بها

فصل : ويشترط في الرهان أن تكون الدابتان من جنس واحد فإن كانا من جنسين كالفرس والبعير لم يجز لأن البعير لا يكاد يسبق الفرس فلا يحصل الغرض من هذه المسابقة وإن كانا من نوعين كالعربي والبرذون أو البختي والعرابي ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصح ذكره أبو الخطاب لأن التفاوت بينهما في الجري معلوم بحكم العادة فأشبها الجنسين

والثاني : يصح ذكره القاضي وهذا مذهب الشافعي لأنهما من جنس واحد وقد يسبق كل واحد منهما الآخر والضابط الجنس وقد وجد ويكفي في المظنة احتمال الحكمة ولو على بعد ." (١)

" مسألة وفصل يرجع في الأيمان إلى النية وحكم ما لو لم ينو شيئا أو اختلف السبب والنية

مسألة : قال ابو القاسم رحمه الله تعالى : ويرجع في الأيمان إلى النية

وجملة ذلك أن مبنى اليمين على نية الحالف فإذا نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه إليه سواء كان ما نواه موافقا لظاهر اللفظ أو مخالفا له فالموافق للظاهر أن ينوي باللفظ موضوعه الأصلي مثل أن ينوي باللفظ العام العموم وبالمطلق الإطلاق وبسائر الألفاظ ما يتبادر إلى الأفهام منها والمخالف يتنوع أنواعا أحدها : أن ينوي بالعام الخاص وينوي أن يحلف لا يأكل لحما ولا فاكهة ويريد لحما بعينه وفاكهة بعينها ومنها أن يحلف على فعل شيء أو تركه مطلقا وينوي فعله أو تركه في وقت بعينه مثل أن يحلف لا أتغذى يعني اليوم أو لآكلن يعني الساعة ومنها أن ينوي بيمينه غير ما يفهمه السامع منه كما ذكرنا في المعاريض في مسألة إذا تأول في يمينه فله تأويله ومنها أن يريد بالخاص العام مثل أن يحلف لا شربت لفلان الماء من العطش ينوي قطع كل ما له فيه منة أو لا يأوي مع امرأته في دار يريد جفاءها بترك اجتماعها معه في جميع الدور أو حلف لا يلبس ثوبا من غزلها يريد قطع منتها به فيتعلق يمينه بالإنتفاع به أو بثمنه مما لها فيه منة عليه

وبهذا قال مالك و قال أبو حنيفة و الشافعي لا عبرة بالنية والسبب فيما يخالف لفظه لأن الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين واليمين لفظه فلو أحنثناه على ما سواءه لأحنثنا على ما نوى لا على ما حلف ولأن النية بمجردها لا تنعقد بها اليمين فكذلك لا يحنث بمخالفتها

ولنا أنه نوى بكلامه ما يحتمله ويسوغ في اللغة التعبير به عنه فينصرف يمينه إليه كالمعاريض وبيان احتمال اللفظ أنه يسوغ في كلام العرب التعبير بالخاص عن العام قال الله تعالى : ﴿ ما يملكون من قطمير ﴾ ﴿ ولا يظلمون فتيلا ﴾ ﴿ فإذا لا يؤتون الناس نقيرا ﴾ والقطمير لفافة النواة والفتيل ما في شقها والنقير النقرة التي في ظهرها ولم يرد ذلك بعينه بل نفي كل شيء وقال الحطيئة يهجو بني العجلان :

(ولا يظلمون الناس حبة خردل)

---

(١) المغني، ١٣١/١١

ولم يرد الحبة بعينها إنما أراد لا يظلمونهم وقد يذكر العام ويراد به الخاص كقوله تعالى : ﴿ الذين قال لهم الناس ﴾ يعني رجلا واحدا : ﴿ إن الناس قد جمعوا لكم ﴾ يعني أبا سفيان وقال تعالى : ﴿ تدمر كل شيء ﴾ ولم يرد السماء والأرض ولا مساكنهم [وإذا احتمله اللفظ وجب صرف اليمين إليه لقول النبي صلى الله عليه و سلم : إنما لامرىء ما نوى] ولأن كلام الشارع يحمل على مراده إذا ثبت ذلك بالدليل فكذلك كلام غيره وقولهم أن الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين قلنا وهذا كذلك فإنما انعقدت عليه اليمين على ما نواه ولفظه مصروف إليه وليست هذه نية مجردة بل لفظ منوي به ما يحتمله

فصل : ومن شرط انصراف اللفظ إلى ما نواه احتمال اللفظ له فإن نوى ما لا يحتمله اللفظ مثل أن يحلف لا يأكل خبزا يعني به لا يدخل بيتا فإن يمينه لا تنصرف إلى المنوي لأنها نية مجردة لا يحتملها اللفظ فأشبه ما لو نوى ذلك بغير يمين

مسألة : قال : فإن لم ينو شيئا رجع إلى سبب اليمين وما هيجها

وجملته أنه إذا عدمت النية نظرنا في سبب اليمين وما أثارها لدلالته على النية فإذا حلف لا يأوي مع امرأته في هذه الدار نظرنا فإن كان سبب يمينه غيظا من جهة الدار لضرر لحقه منها أو منة عليه بها اختصت بيمينه بها وإن كان لغيظ لحقه من المرأة يقتضي جفاءها ولا أثر للدار فيه تعلق ذلك بإيوائه معها في كل دار وكذلك إذا حلف لا يلبس ثوبا من غزلها فإن كان سببه المنة عليه منها فكيفما انتفع به أو بثمنه حنث وإن كان سبب يمينه خشونة غزلها ورداءته لم يتعد بيمنه لبسه والخلاف في هذه المسألة كالخلاف في التي قبلها قد دللنا على تعلق اليمين بما نواه والسبب دليل على النية فيتعلق اليمين به وقد ثبت أن كلام الشارع إذا كان خاصا في شيء لسبب عام تعدى إلى ما يوجد فيه السبب كتنصيصه على تحريم التفاضل في أعيان ستة أثبت الحكم في كل ما يوجد فيه معناها كذلك في كلام الآدمي مثله فأما إن كان اللفظ عاما والسبب خاصا مثل من دعي إلى غذاء فحلف لا يتغذى أو حلف لا يقعد فإن كانت له نية فيمينه على ما نوى وإن لم تكن له نية فكلام أحمد يقتضي روايتين :

إحداهما : أن اليمين محمولة على العموم لأن أحمد سئل عن رجل حلف لا يدخل بلدا لظلم رآه فيه فزال الظلم فقال النذر يوفي به يعني لا يدخله ووجه ذلك أن لفظ الشارع إذا كان عاما لسبب خاص وجب الأخذ بعموم اللفظ دون خصوص السبب كذلك يمين الحالف وذكر القاضي فيمن حلف على زوجته أو عبده أن لا يخرج إلا بإذنه فعتق العبد وطلق الزوجة وخرجا بغير إذنه لا يحنث لأن قرينة الحال تنقل حكم الكلام إلى نفسها وإنما يملك منع الزوجة والعبد مع ولايته عليهما فكأنه قال ما دمتما في ملكي

ولأن السبب يدل على النية في الخصوص كدلالته عليها في العموم ولو نوى الخصوص لاختصت يمينه به فكذلك إذا وجد ما يدل عليها ولو حلف لعامل لا يخرج إلا بإذنه فعزل أو حلف أن لا يرى منكرا إلا رفعه إلى فلان القاضي فعزل ففيه وجهان بناء على ما تقدم :

أحدهما : لا تنحل اليمين بعزله قال القاضي هذا قياس المذهب لأن اليمين إذا تعلقت بعين موصوفة تعلقت بالعين وإن تغيرت الصفة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الآخر تنحل اليمين بعزله وهو مذهب أبي حنيفة لأنه لا يقال رفعه إليه إلا في حال ولايته فعلى هذا إن رأى المنكر في ولايته فأمكنه رفعه فلم يرفعه إليه حتى عزل لم يبر برفعه إليه حال كونه معزولا وهل يحنث بعزله ؟ فيه وجهان أحدهما : يحنث لأنه قد فات رفعه إليه فأشبه ما لو مات والثاني : لا يحنث لأنه لم يتحقق فواته لاحتمال أن يلي فيرفعه إليه بخلاف ما إذا مات فإنه يحنث قد تحقق فواته وإذا مات قبل إمكان رفعه إليه حنث أيضا لأنه قد فات فأشبه ما لو حلف ليضربن عبده في غد فمات العبد اليوم ويحتمل ان لا يحنث لأنه لم يتمكن من فعل المحلوف عليه فأشبه المكره وإن قلنا لا تنحل يمينه بعزله فرفعه إليه بعد عزله بر بذلك

فصل : فإن اختلف السبب والنية مثل أن امتنت عليه امرأته بغزلها فحلف أنه لا يلبس ثوبا من غزلها ينوي اجتناب اللبس خاصة دون الانتفاع بثمنه وغيره قدمت النية على السبب وجها واحدا لأن النية وافقت مقتضى اللفظ وإن نوى بيمينه ثوبا واحدا فكذلك في ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي يقدم السبب لأن اللفظ ظاهر في العموم والسبب يؤكد ذلك الظاهر ويقويه لأن السبب هو الامتنان وظاهر حالة قطع النية فلا يلتفت إلى نيته المخالفة للظاهرين والأول أصح لأن السبب إنما اعتبر لدلالته على القصد فإذا خالف حقيقة القصد لم يعتبر فكان **وجوده كعدمه** فلم يبق إلا لفظه بعمومه والنية تخصه على ما بيناه فيما مضى ". (١)

"لا حتى تميز بينهما قال فرده حتى ميز بينهما فإن كان ما مع الربوي يسيرا لا يقصد كخبز فيه ملح بمثله **فوجوده كعدمه** (ولا) يباع (تمر بلا نوى بما) أي بتمر (فيه نوى) لاشتمال أحدهما على ما ليس من جنسه وكذا لو نزع النوى

". (٢)

---

(١) المغني، ١١/٢٨٤

(٢) الروض المربع، ٢/١١٤

"تتعذر الإصابة في مثلها غالبا وهو ما زاد على ثلاثمائة ذراع لم تصح لأن الغرض يفوت بذلك ذكره في الشرح وغيره (وهي) أي المسابقة (جعالة لكل واحد) منهما (فسخها) لأنها عقد على ما لا تتحقق القدرة على تسليمه إلا أن يظهر الفضل لأحدهما فله الفسخ دون صاحبه (وتصح المناصلة) أي المسابقة بالرمي من النصل وهو السهم التام (على معينين) سواء كان اثنين أو جماعتين لأن القصد معرفة الحذق كما تقدم (يحسنون الرمي) لأن من لا يحسنه **وجوده كعدمه** ويشترط لها أيضا تعيين عدد الرمي والإصابة

---

(١) ".

"أي الزوجة مفوضة كانت أو غيرها (بعده) أي بعد الدخول (فلا متعة) لها بل لها المهر كما تقدم (وإذا افترقا في) النكاح (الفاسد) المختلف فيه (قبل الدخول والخلوة فلا مهر) ولا متعة سواء طلقها أو مات عنها لأن العقد الفاسد **وجوده كعدمه** (و) إن افترقا (بعد أحدهما) أي الدخول أو الخلوة أو مايقرر الصداق مما تقدم (يجب المسمى) لها في العقد قياسا على الصحيح وفي بعض ألفاظ حديث عائشة ولها الذي أعطاها بما أصاب منها (ويجب مهر المثل لمن وطئت) في نكاح باطل مجمع على بطلانه كالخامسة والمعتدة أو وطئت (بشبهة أو زنا كرها) لقوله صلى الله عليه وسلم فلها المهر بما استحل من فرجها أي نال منه وهو الوطء ولأنه إتلاف للبضع بغير رضى مالكه فأوجب القيمة وهي المهر (ولا يجب معه) أي مع المهر (أرش بكارة) لدخوله في مهر مثلها لأنه يعتبر ببكر مثلها فلا يجب مرة ثانية ولا فرق فيما ذكر بين ذات المحرم وغيرها والزانية المطاوعة لاشيء لها إن كانت حرة ولا يصح تزويج من نكاحها فاسد قبل طلاق أو فسخ فإن أباهما زوج فسخه حاكم (وللمرأة)

---

(٢) ".

"

وهذا المذهب جزم به في المغني والشرح وشرح بن منجا وغيرهم وجزم به في الرعايتين والحاويين وغيرهم ونص عليه ببطلان الشرط وهذا معنى قوله عليه أفضل الصلاة والسلام لا يغلق الرهن

---

(١) الروض المربع، ٣٣٦/٢

(٢) الروض المربع، ١١٧/٣

وقال الشيخ تقي الدين لا يبطل الثاني وإن لم يأته صار له وفعله الإمام

قاله في الفائق وقال قلت فعليه غلق الرهن استحقاق المرتهن له بوضع العقد لا بالشرط كما لو باعه منه ذكره في باب الرهن

وأما صحة الرهن ففيه روايتان يأتيان مع الشرط في كلام المصنف في باب الرهن في آخر الفصل الأول

فائدتان

إحداهما لو قبل المرتهن ذلك فهو امانة عنده إلى ذلك الوقت ثم يصير مضمونا لأن قبضه صار بعقد فاسد ذكره القاضي وبن عقيل

وقال في القواعد الفقهية والمنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحسن بن هارون أنه لا يضمنه بحال ذكره القاضي في الخلاف لأن الشرط يفسد فيصير **وجوده كعدمه**

الثانية يصح شرط رهن المبيع (((البيع))) على ثمنه على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب فيقول بعتك على أن ترهنه بثمنه

وقيل لا يصح واختاره بن حامد والقاضي

ولو قال إن أو إذا رهنتنيه فقد بعتك فبيع (((فقد))) معلق (((علق))) بشرط

وأجاب أبو الخطاب وأبو الوفاء إن قال بعتك على أن ترهنني لم يصح وإن قال إذا رهنتنيه على ثمنه وهو كذا فقد بعتك فقال اشتريت ورهنتها عندك على الثمن صح الشراء والرهن

قوله إلا بيع العربون

الصحيح من المذهب أن بيع العربون صحيح وعليه أكثر الأصحاب

". (١)

"

فخالف الشارح أيضا في توجيهه

وكلام الشارح أقعد

ويأتي كلامه في النكت لتوجيه هذه الأوجه كلها وما نظر عليه منها

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٣٥٧/٤

وفي المسألة وجه خامس يلزمه خمسة إن صح استثناء النصف

جزم به بن عبدوس في تذكرته

وقدمه في النظم والرعايتين والحاوى الصغير

وقال في الفروع والأشبه إن بطل النصف خاصة فثمانية وإن صح فقط فخمسة وإن عمل بما يؤول

(((يئول))) إليه جملة الاستثناءات فسبعه انتهى

وهو كما قال

وقال في المحرر فهل يلزمه إذا صححنا استثناء النصف خمسة أو ستة على وجهين

وإذا لم نصححه فهل يلزمه عشرة أو ثمانية على وجهين

وقيل يلزمه سبعة عليهما جميعا

وقال في المغنى في مسألة المصنف بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين

وصح في الآخر فيكون مقرى بسبعة انتهى

وقال في النكت على وجه لزوم الخمسة إذا قلنا بصحة استثناء النصف

لأن استثناء النصف صحيح واستثناء ثلاثة من خمسة باطل فيبطل ما بعده

وعلى وجه لزوم الستة لأن استثناء النصف صحيح واستثناء ثلاثة من خمسة باطل **وجوده كعدمه**

واستثناء اثنين من خمسة صحيح فصار المقر به سبعة ثم استثنى من الاثنين واحد يبقى ستة

وعلى الوجه الثالث الكلام بآخره ويصح الاستثناءات كلها فيلزمه سبعة وهو واضح

". (١)

"ثم النساء وكذلك يفعل في تقديمهم إلى الأمام إذا اجتمعت جنائزهم ومن لم يقف معه إلا كافر أو امرأة أو محدث يعلم حدثه فهو فذ (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + يحتمل أن يكونوا رجالا وفيه إشارة إلى صحة وقوف الخناثى صفا قال بعض أصحابنا هو ومبني على أن وقوف المرأة إلى جانب الرجل لا يبطل الصلاة وعلى أن الرجل الواحد إذا وقف مع امرأة لا يكون فذا وإلا لم يصح صفهم وإن أم رجل خنثى صح في الأصح فيقف عن يمينه صححه في الشرح وقيل خلفه وإن أم رجلا وخنثى وقف الرجل عن يمينه والخنثى خلفهما وفي الشرح يقف عن يسار الإمام أو يمين الرجل ولا يقفان خلفه لجواز أن يكون

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ١٢/١٨٠

امرأة إلا عند من أجاز للرجل مصافتها فإن أم امرأة وخنثى فقال ابن تميم يقفان خلفه متباعدين (ثم النساء) فلو انفردت عن صف النساء أو صلت بامرأة مثلها فوقفت خلفها لم يصح وفي الكافي عكسه لأنها يجوز وقوفها منفردة بدليل حديث أنس (وكذلك يفعل في تقديمهم إلى الأمام) وإلى القبلة في قبر لضرورة (إذا اجتمعت جنائزهم) وسيأتي (ومن لم يقف معه إلا كافر) إتفاقا (أو امرأة) أو خنثى فهو فذ قاله ابن حامد وفي الكافي والتخليص لأنهم من غير أهل الوقوف معه وفيه وجه وذكره في المحرر عن القاضي وصححه ابن عقيل لأنه وقف معه مفترض صلاته صحيحة أشبه الرجل (أو محدث يعلم حدثه فهو فذ) أي لا تصح صلاته لأن **وجوده كعدمه** وكذا إذا وقف معه سائر من لا يصح صلاته قاله في الشرح فدل أن صحة صلاته صحة مصافته فلو جهل الحدث حتى سلما صحت ولم يكن فذا نص عليه قال القاضي كجهل مأموم حدث إمامه وفي الفصول إن بان مبتدعا أعاد ولأن المبتدع لا يؤم بخلاف المحدث فإن المتيم يوئم

١-

(١) ".

"فإن قطعها قبله فلا زكاة فيها إلا ان يقطعها فرارا من الزكاة فيلزمه ولا يستقر الوجوب إلا بجعلها في ألجرين فإن تلفت قبله بغير تعد منه سقطت سواء كانت خرصت أو لم تخرص وإذا ادعى تلفها قبل قوله بغير يمين ويجب إخراج زكاة الحب مصفى والثمر يابسا (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) عليه دون المشتري والموهوب له ولو مات وله ورثة لم يبلغ حصته وأخذ منهم نصابا لم يؤثر ذلك وقال ابن أبي موسى تجب زكاة الحب يوم حصاده لقوله تعالى ﴿ وآتوا حقه يوم حصاده ﴾ [الأنعام ١٤١]

وفائدة الخلاف في التصرف (فإن قطعها قبله فلا زكاة فيها) كما لو أكل السائمة أو باعها قبل الحول (إلا أن يقطعها فرارا من الزكاة فيلزمه) ليفوته الواجب بعد انعقاد سببه أشبه العامل والمطلق ثلاثا في مرض موته (ولا يستقر الوجوب إلا بجعلها في الجرين) ويجعل الزرع في البيدر لأنه قبل ذلك في حكم ما لم يثبت اليد عليه بدليل ما لو كانت مبيعة فتلفت بجائحة رجع المشتري على البائع وهذا ظاهر على فعل من لم يجعل التمكن من الأداء شرطا (فإن تلفت قبله بغير تعدمنه سقطت) لأنها لم تستقر أشبه ما لو لم يتعلق به فإن تلف بعض الثمرة فقال القاضي إن كان الثاني نصابا ففيه الزكاة وإلا فلا والمذهب

---

(١) المبدع، ٢/٨٥

إن كان التلف قبل الوجوب فهو كما قال القاضي وإن كان بعده وجب في الباقي بقدره مطلقا وظاهره أنه إذا اتلفها أو تلفت بتفريطه أنه يضمن نصيب الفقراء صرح به في (الكافي (و (الشرح (لأنه مفرط (سواء كانت خرصت أو لم تخرص) لأن الخرص لا يوجب وإنما فعل ذلك للتمكن من التصرف فوجب سقوط الزكاة مع **وجوده كعدمه** (وإذا ادعى تلفها) بغير تفريط (قبل قوله) ولو انهم (بغير يمين) نص عليه لأنه خالص حق الله فلا يستخلف فيه كالصلاة (ويجب إخراج زكاة الحب مصفى والثمر يابسا) لحديث عتاب بن أسيد ولا يسمى زبيبا وتمرا إلا اليابس وإذا ثبت

١-

". (١)

"& باب الشروط في البيع & وهي ضربان صحيح وهو ثلاثة أنواع أحدها شرط مقتضى البيع كالتقابض وحلول الثمن ونحوه الثاني شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين به أو صفة في المبيع نحو كون العبد كاتبا أو خصيا أو صانعا أو مسلما والأمة بكرا (١)

١- & باب الشروط في البيع &

وهي جمع شرط وفسره ابن المنجا هنا بما ليس في محله والأولى هو إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة

(وهي ضربان صحيح) وهو ما يوافق مقتضى العقد وفاسد وهو ما ينافيه وقدم الكلام على الشروط الصحيحة لسلامة العقد وإن كان ذاك أقرب إلى العدم

(وهو) أي الصحيح (ثلاثة أنواع أحدها شرط مقتضى البيع) أي مطلوبه (كالتقابض وحلول الثمن) فلا يؤثر فيه لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد **فوجوده كعدمه** (ونحوه) مثل أن يشترط أن يتصرف أو يسقي الثمرة إلى الجداد قاله في البلغة

(الثاني شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله) أو بعضه قاله أحمد ولا بد أن يكون إلى مدة معلومة كالخيار (أو الرهن أو الضمين به) والمراد إذا كانا معينين وليس له طلبهما بعد العقد لمصلحة ويلزم بتسليم رهن المعين إن قيل بلزوم بالعقد (أو صفة في المبيع) مقصودة (نحو كون

---

(١) المبدع، ٣٤٨/٢

العبد كاتبا أو خصيا أو صانعا) أو فحلا قاله في الوجيز والفروع (أو مسلما والأمة بكرا) أو حائضا نص عليه فإن لم تحض فقال ابن شهاب إن كانت صغيرة فليس بعيب لأنه يرجى زواله بخلاف الكبير

(١) ".

"ويكون تصرف البائع فسخا للبيع وتصرف المشتري إسقاطا لخياره في أحد الوجهين وفي الآخر البيع والخيار بحالهما وإن استخدم المبيع لم يبطل خياره في أصح الروايتين (١)

١- (ويكون تصرف البائع فسخا للبيع وتصرف المشتري إسقاطا لخياره) أي رضي به (في أحد الوجهين) جزم به في الوجيز لأن ذلك يحصل بالتصريح فحصل بالدلالة عليه كالمعتقة فإن خيارها يسقط بتمكينها الزوج من وطئها والمذهب أن تصرف المشتري وسومه ووطأه ولمسه بشهوة إمضاء قال أحمد وجب عليه حين عرضه (وفي الأخر البيع والخيار لحالهما) أي ليس تصرف البائع فسخا للبيع نص عليه واختاره ابن أبي موسى وهو الأصح لأن الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فسخا واسترجاعا كما لو وجد ماله عند مفلس وكما لو أنكر شرط الخيار قاله في الترغيب وغيره وأما المشتري فلا ينفذ تصرفه إلا بالعتق وسيأتي ولا يبطل خياره إلا بالتصريح فالتصرف غير صحيح **فوجوده كعدمه** وفي طريقة بعض أصحابنا له التصرف ويكون رضي بلزومه وإن سلم فلأنه منع نفسه منه قال وإذا قلنا بالملك له قلنا بانتقال الثمن إلى البائع وقاله غيره فإن تصرف مع البائع فروايتان بناء على دلالة التصرف على الرضى فرع

إذا تصرف أحدهما بإذن الآخر أو تصرف وكيلهما فهو نافذ في الأصح فيهما وانقطع الخيارلأنه يدل على تراضيهما بإمضاء البيع كما لو تخايرا (وإن استخدم المبيع لم يبطل خياره في أصح الروايتين) لأن الخدمة لا تختص الملك فلم تبطل به كالنظر وظاهره مطلقا وقيده في الوجيز بأنه إذا كان للاستعلام وأومأ إليه في الشرح والثانية تبطل لأن الخدمة إحدى المنفعتين فأبطلت الخيار كالوطء أطلقهما في المحرر والفرو

(٢) ".

"وإذا وكل اثنين لم يجز لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك إليه (١)

---

(١) المبدع، ٥١/٤

(٢) المبدع، ٧٣/٤

١- كالأحكام المبتدأة ولقوله تعالى ﴿ فمن جاءه موعظة ﴾ البقرة ٢٧٥ الآية وينبني عليهما تضمينه واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يضمن لأنه لم يفرط وذكر وجها أنه ينعزل بالموت لا بالعزل وقاله جمع من العلماء

واعلم أن القاضي والمؤلف وجماعة يجعلون الخلاف في نفس انفساخ الوكالة قبل العلم وظاهر الخرقي والشرح وكلام المجد يجعلونه في نفوذ التصرف وهو أوفق لمنصوص أحمد وليس بينهما فرق في المغني ولهذا قال الشيخ تقي الدين هو لفظي وذكر أنه لو باع أو تصرف فادعى أنه عزله قبله لم يقبل فلو أقام بينة ببلد آخر وحكم به حاكم فإن لم ينعزل قبل العلم صح تصرفه وإلا كان حكما على الغائب ولو حكم قبل هذا الحكم بالصحة حاكم لا يرى عزله قبل العلم فإن كان بلغه ذلك نفذ والحكم الناقض له مردود وإلا **وجوده كعدمه** والحاكم الثاني إذا لم يعلم بأن العزل قبل العلم أو علم ولم يره أو رآه ولم ير نقض الحكم المتقدم فحكمه كعدمه فرع

لا ينعزل مودع قبل علمه خلافا لأبي الخطاب فما بيده أمانة ومثله مضارب

(وإذا وكل اثنين لم يجز لأحدهما الانفراد بالتصرف) لأنه لم يرض تصرف أحدهما منفردا بدليل إضافة الغير إليه (إلا أن يجعل ذلك) أي الانفراد بالتصرف (إليه) لأنه مأذون فيه أشبه ما لو كان منفردا فلو وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرز لهما لأن قوله افعلا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله بخلاف بعتكما حيث كان منقسما بينهما لأنه لا يمكن أن يكون الملك لهما على الاجتما

". (١)

"ويشترط لها شروط أربعة احدها أن تكون على من يحسن الرمي فإن كان في أحد الحزبين من لا يحسنه بطل العقد فيه وأخرج من الحزب الآخر مثله ولهم الفسخ إن أحبوا الثاني معرفة عدد الرشق وعدد الإصابة .... (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) درهم لم يصح لأنه قمار فإن قال ارم عشرة أسهم فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم صح كما لو قال إن كان صوابك أكثر فلك بكل سهم أصبت به درهم

(ويشترط لها شروط أربعة أحدها أن تكون على من يحسن الرمي) لأن الغرض معرفة الحذق ومن لا يحسنه لا حذق له **فوجوده كعدمه** (فإن كان في أحد الحزبين من لا يحسنه بطل العقد فيه) أي إذا كان كل حزب جماعة لأن المفسد موجود ممن لا يحسن دون غيره فوجب أن يختص البطلان به وهل

---

(١) المبدع، ٣٦٦/٤

يبطل في حق من يحسنه فيه وجهان مبنيان على تفريق الصفقة ذكره في المغني والشرح (وأخرج من الحزب الآخر مثله) كالبيع إذا بطل في البعض بطل فيما يقابله من الثمن (ولهم) أي لكل حزب (الفسخ إن أحبوا) لتبعيض الصفقة في حقهم فإن كان يحسنه لكنه قليل الإصابة فقال حزبه ظنناه كثير الإصابة أو لم نعلم حاله لم يسمع لأن شرط دخوله في العقد أن يكون من أهل الصنعة دون الحذق

(الثاني معرفة عدد الرشق) بكسر الراء عبارة عن عدد الرمي وأهل العربية يخصرنه فيما بين العشرين والثلاثين وبفتحها الرمي وهو مصدر رشقت الشيء رشقا واشترط العلم به لأنه لو كان مجهولا أفضى إلى الاختلاف لأن أحدهما يريد القطع والآخر يريد الزيادة (وعدد الإصابة) كخمسة أو ستة أو ما يتفقان عليه من رمي معلوم كعشرين لأن الغرض معرفة الحذق ولا يحصل إلا بذلك وتعتبر إصابة ممكنة قاله في الترغيب وغيره فلو شرطا

١-

". (١)

"أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه فهو على شفعته وإن أخبره من يقبل خبره فلم يصدقه أو قال المشتري يعني ما اشتريت أو صالحني سقطت شفعته وإن دل في البيع أو توكل لأحد المتبايعين أو جعل له الخيار فاختار إمضاء البيع فهو على شفعته (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) أو أخبره من لا يقبل خبره كالفاسق فلم يصدقه فهو على شفعته في الصور السابقة لأنه لم يعلم الحال على وجهه كما لو لم يعلم ولأن خبر من لا يقبل خبره مع عدم تصديق الشفيع له يكون **وجوده كعدمه** ومقتضاه أنه إذا صدقه تسقط شفعته لأن تصديقه اعتراف بوقوع وهو غير مطالب بها فوجب سقوطها كما لو أخبره ثقة

وإن أخبره من يقبل خبره كعدلين فلم يصدقه بطلت لأن ذلك يوجب ثبوت البيع صدق الشفيع أولا وكذا إن أخبره عدل أو مستوري الحال في الأصح والمرأة والعبد كضدهما وقال القاضي هما كالفاسق والصبي أو قال للمشتري بعني ما اشتريت أو صالحني سقطت شفعته لأنه يدل على رضاه فوجب أن يسقط لتأجير الطلب عن ثبوت البيع وكذا قوله هبة لي أو ائتمني عليه ممن شئت ونحوه وإن دل في البيع أي عمل دلالا بينهما أو رضي به أو ضمن ثمنه أو توكل لأحد المتابعين فله الشفعة في الأصح وقال القاضي إن كان وكيل البائع فلا شفعة له وقيل عكسه ومثله وصي وحاكم وقيل إن باع شقصا ليتيم في شركته أو

---

(١) المبدع، ١٣١/٥

أشترى له شقصا في شركته فلهما الشفعة كما لو تولى العقد غيرهما وقيل لهما الشفعة إذا اشترياه فقط أو جعل له الخيار فاختار إمضاء البيع فهو على شفعته لأن ذلك سبب ثبوت الشفعة فلم تسقط به كما لو أذن في البيع أو عفا عنها قبل تمام البيع ولأن المسقط لها الرضى بتركها ولم يوجد

فرع لو لقيه فسلم عليه لم تسقط وكذا إن قال له بارك الله لك في صفقتك أودعا له بالمغفرة في الأصح

١-

".(١)

"وعنه ينعقد بحضور فاسقين ورجل وامرأتين ومراهقين عاقلين ولا ينعقد نكاح مسلم بشهادة ذميين ويتخرج أن ينعقد إذا كانت المرأة ذمية ولا ينعقد بحضور أصمين ولا أخرسين وهل ينعقد بحضور عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما على وجهين وعنه أن الشهادة ليست من شروط النكاح (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + لم يسمعا الصداق (وعنه ينعقد بحضور فاسقين) لأنه تحمل فلم تعتبر فيه العدالة كسائر التحملات والأول أصح لأن من لا يثبت النكاح بقوله لا ينعقد بشهادته كالصبي فلو بانا بعد العقد أنهما فاسقان فالعقد صحيح ذكره المؤلف لاشتراط العادلة ظاهرا فقط وقيل لا لعدم شرطه (ورجل وامرأتين) لأنه عقد معاوضة أشبه البيع (ومراهقين عاقلين) بناء على أنهما من أهل الشهادة ولأنه يصح تحمله فصحت شهادته كالبيع

(ولا ينعقد نكاح مسلم بشهادة ذميين) لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) ولعموم قوله عليه السلام وشاهدي عدل ولأنه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين ولا فرق بين أن يكون الزوجان مسلمين أو الزوج وحده نص عليه وهو قول الأكثر (ويتخرج أن ينعقد إذا كانت المرأة ذمية بناء على الرواية بقبول شهادة بعضهم على بعض ولا ينعقد بحضور أصمين) لأنه لا يسمع العقد ليشهد به (ولا أخرسين) لأن النطق شرط وهو لا يتمكن من أداء الشهادة **فوجوده كعدمه** (وهل ينعقد بحضور عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما) أو الولي أو متهم لرحم من أحدهم (على وجهين) أحدهما ينعقد لأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانعقد بهما نكاحه كسائر العدول

---

(١) المبدع، ٥/٢١١

والثاني لا لأن العدو لا تقبل شهادة على عدوه وكذا الابن وكذا الخلاف في أهل الصنائع الرذيلة كالحجام ونحوه (وعنه أن الشهادة ليست من شروط النكاح) بل تسن فيه كعقد غيره فيصح بدونها وهو قول ابن عمر

١-

". (١)

"في الوجيز وقدمه في الفروع لأنه مهر نسائها والثاني يفرض حالا لأنه بدل متلف فوجب الحلول كقيم المتلفات وكما لو لم يكن لهم عادة بالتأجيل فلو اختلفت مهورهن أخذ بالوسط الحال (فإن لم يكن لها أقارب اعتبرت بنساء بلدها) لأن ذلك لا أثر له في الجملة (ثم بأقرب النساء شبها بها) لأنه لما تعذر الأقارب اعتبر أقرب النساء شبها بها من غيرهن كما اعتبر قرابتها البعيد إذا لم يوجد القريب

(وأما النكاح الفاسد فإذا افترقا قبل الدخول بطلاق أو غيره فلا مهر فيه) لأن المهر يجب بالعقد والعقد فاسد **فوجوده كعدمه** كالبيع الفاسد وظاهره ولو لموت قال في الفروع ويتوجه أنه على الخلاف في وجوب العدة به وتقرره بالخلوة وفي مختصر ابن رزين يستقر به وفي الرعاية إذا طلق قبل الدخول فلا يقع ففي سقوط المهر وإيجابه احتمالان (فإن دخل بها) ووطئها (استقر عليه المسمى) في المنصوص وقدمه في الفروع لأن في بعض ألفاظ حديث عائشة ولها الذي أعطاها بما أصاب منها رواه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال بإسنادهما (وعنه يجب مهر المثل وهي أصح) جزم به في الوجيز وهو ظاهر الخرقي لقوله عليه السلام فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فجعل لها المهر بالإصابة والإصابة إنما توجب مهر المثل لأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مسيسها لم يكن لها عليه شيء وإذا لم يكن موجبا كان **وجوده كعدمه** وكوطء الشبهة ولأن

". (٢)

"وقال ابن حامد لا عدة عليها للوفاة في ذلك فان كان النكاح مجمعا على بطلانه لم تعتد للوفاة من أجله فصل الثالث ذات القرء التي فارقها في الحياة بعد دخوله بها وعدتها ثلاثة قروء إن كانت حرة

---

(١) المبدع، ٤٨/٧

(٢) المبدع، ١٧٢/٧

وقرءان إن كانت أمة (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + وإن كان بعدها قبل الإصابة فالمنصوص أن عليها العدة لأنه أجري مجرى الصحيح في لحوق النسب فكذا في العدة وقال ابن حامد لا عدة عليها للوفاة في ذلك لأنه لا يثبت الحمل فلم يوجب العدة كالباطل فعلى هذا إن كان قبل الدخول فلا عدة عليها وإن كان بعده اعتدت فإن كان النكاح مجمعا على بطلانه كذات محرم ومطلقته ثلاثا لم تعتد للوفاة من أجله لأن النكاح المذكور **وجوده كعدمه** للإجماع على بطلانه فصل الثالث ذات القرء التي فارقها في الحياة بعد دخوله بها ولو بطلقة ثالثة إجماعا وعدتها ثلاثة قروء إن كانت حرة أو بعضها لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ وقرءان إن كانت أمة في قول أكثر العلماء لما روت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان رواه أبو داود والترمذي وقال حديث غريب لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث مظاهر بن أسلم ولا نعرف له في العلم غير هذا الحديث وعن ابن عمر نحوه رواه ابن ماجة والدار قطني من رواية عطية وهو ضعيف وهو قول عمر وعلي وابن عمر ولا يعرف لهم في الصحابة مخالف وكالحد وكان القياس يقتضي أن تكون حيضة ونصفا كما كان حدها على النصف من الحرة إلا أن الحيض لا يتبعض فوجب تكميله كالمطلقة ولهذا قال عمر لو

١-

(١) ".

"الحاكم و يمضي زمن يمكن أن يقدم في مثله و إن منعت تسليم نفسها أو منعها أهلها فلا نفقة لها إلا أن تمنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها الحال فلها ذلك وتجب نفقها وإن كان بعد الدخول فعلى وجهين (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + الحاكم) أي يكتب الحاكم الى حاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ويعلمه بذلك (ويمضي زمن يمكن ان يقدم في مثله لان البذل قبل ذلك **وجوده كعدمه** فإذا سار إليها او وكل في تسليمها وجبت النفقة حينئذ فإن لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها في أول الوقت الذي يمكنه الوصول إليها وتسلمها فيه ذكره في المغني والشرح لأن الزوج امتنع من تسلمها لا مكان ذلك وبذلها له فلزمه نفقتها كما لو كان حاضرا و ان منعت تسليم نفسها او منعها أهلها فلا نفقة لها) لان البذل شرط لوجوب النفقة ولم يوجد وفي الفروع إذا بذلت التسليم فحال بينها وبينه اولياؤها فظاهر كلام جماءة لها النفقة وفي الروضة لا ذكره الخرقي قال وفيه نظر وكذا إذا بذلت

---

(١) المبدع، ١١٦/٨

تسليما غير تام كتسيلمها في منزل او في بلد دون آخر ما لم يكن مشروطا في العقد (إلا ان تمنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها الحال فلها ذلك) لان تسلمها قبل تسليم صداقها يفضي الى تسليم منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا تسلم صداقها فلا يمكنه الرجوع فيما استوفى منها بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم اعسر بثمنه فانه يمكنه الرجوع فيه (وتجب نفقتها) لأنها فعلت ما لها ان تفعله فلو منعت نفسها لمرض لم يكن لها نفقة والفرق بينهما ان امتناعها لقبض صداقها امتناع من جهة الزوج فهو يشبه تعذر الاستمتاع كصغر الزوج بخلاف الامتناع لمرضها لأنه امتناع من جعتها فهو يشبه تعذر الاستمتاع لصغرها (وان كان بعد الدخول فعلى وجهين) أحدهما لها النفقة كما قبل الدخول والأشهر انه لا نفقة لها كما لو

١-

". (١)

"وذكر في موضع آخر ان السبب إذا كان يقتضي التعميم عممناه به وإن اقتضى موصوفة تعلقت بالعين وإن تغيرت الصفة وذكر القاضي فيمن حلف لعامل لا يخرج إلا بإذنه فعزل أنها لا تنحل في قياس المذهب وهو وجه والأول أولى وذكر في موضع آخر أن السبب إذا كان يقتضي التعميم عممناه به وإن اقتضى الخصوص مثل من نذر لا يدخل بلدا لظلم رآه فيه فزال الظلم فقال أحمد النذر يوفى به نظرا إلى عموم اللفظ فيجب أن يعتبر والأول أولى لأن السبب يدل على النية فصار كالمنوي سواء لأن اصوله تقتضي تقديم النية والسبب على عموم اللفظ وذلك يقتضي تخصيص اللفظ العام وقصره على الحاجة فكذا تجب في هذه المسائل لكونها داخلة في القواعد الكلية

تنبيه إذا اختلف السبب والنية مثل أن امتنت عليه امرأته بغزلها فحلف لا يلبس ثوبا من غزلها ينوي اجتناب اللبس خاصة دون الانتفاع بثمنه وغيره قدمت النية على السبب وجها واحدا لأن النية وافقت مقتضى اللفظ وإن نوى بيمينه ثوبا واحدا فكذلك في ظاهر قول الخرقي وقال القاضي يقدم السبب لأن اللفظ ظاهر في العموم والسبب وهو الامتنان يؤكد ذلك الظاهر والأول أصح لأن السبب إنما اعتبر لدلالته على القصد فإذا خالف حقيقة القصد لم يعتبر فكان **وجوده كعدمه** فلم يبق إلا اللفظ بعمومه والنية تخصه على ما بيناه وإن حلف لا رأيت منكرا إلا رفعته إلى فلان القاضي فعزل انحلت يمينه إن نوى ما دام قاضيا

---

(١) المبدع، ٢٠٢/٨

لأن الرفع بمنزلة الخروج فيما إذا حلف لعامل لا يخرج إلا بإذنه ونوى ما دام عاملا وإن لم ينو احتمل وجهين

أحدهما

---

(١) ".

"وإن ظهر طعم السمن أو طعم شيء من المحلوف عليه حنث وقال الخرقي يحنث بأكل الكافي في اللحم الأحمر وصححه المؤلف وجزم به في الوجيز لأن المستهلك لا يقع عليه اسم الذي حلف عليه فلم يحنث بأكل المستهلك فيه كما لو حلف لا يأكل رطبا فأكل تمرا ولأن المستهلك في الشيء يصير **وجوده كعدمه** والظاهر من الحالف على ذلك أنه إنما حلف لمعنى في المحلوف عليه وإذا كان كذلك تعين عدم الحنث لانتفاء المعنى المحلوف من أجله وإن ظهر طعم السمن أو طعم شيء من المحلوف عليه حنث كما لو أكل ذلك منفردا وكحلفه على اللبن فإنه يحنث بمسماه ولو من صيد وآدمية وقال الخرقي يحنث بأكل اللحم الأحمر وحده لأنه لا يكاد يخلو من شحم فيحنث به وإن قل لأنه يظهر في الطبيخ فيبين على وجه المرق وفارق من حلف لا يأكل سمنا فأكل خبيصا فيه سمن لا يظهر طعمه ولا لونه لأن هذا قد يظهر الدهن فيه وقال غيره يحنث بأكل حنطة فيها حبات شعير لأن الشعير يمكن تمييزه بتركه فيه وأكله له أكل لما منع نفسه من أكله مع القدرة عليه أشبه ما لو أكل منفردا وفي الترغيب إن طحنه لم حنث وإلا حنث في الاصح والمذهب الأول فلو حلف لا يأكل حنطة فأكلها خبزا أو طحينا حنث لأن الحنطة لا تؤكل حبا عادة فانصرفت يمينه إلى أكلها في جميع أحوالها

مسألة إذا حلف لا يأكل في هذه القرية فأكل فيها أو في حد من حدودها حنث ذكره في المستوعب قال أحمد فيمن حلف لا يدخل هذه القرية فأوى إلى ناحية منها مما هو في حدها حنث لأن الناحية والحد من جملة القرية ذكره القاضي أحمد فيمن حلف لا يشرب نبيذا فثرد فيه وأكله لا يحنث فيخرج في كل ما حلف لا يأكله فشربه أو لا يشربه فأكله وجهان وقال القاضي إن عين المحلوف عليه حنث وإن لم يعينه لم يحنث (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) +

١-

---

(١) المبدع، ٢٨٦/٩

." (١)

"

ومن باع شيئا ثم أقر ان المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري ولم ينفسخ البيع ولزمه غرامته للمقر له وكذلك إن وهبه او اعتقه ثم اقر به وإن قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) إحداهما لا يستحلف نصره القاضي وأصحابه لأن دعواه مكذب لإقراره فلا تسمع ولأن الإقرار أقوى من البينة ولو شهدت البينة به ثم قال أحلفوه لي لم يستحلف فكذا هنا

والثانية بلى قدمها في المحرر وصححها في الرعاية وجزم بها في الوجيز لأن العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله لأنها تكون شهادة زور

فعلى الأولى قال الشريف وأبو الخطاب ولا يشبه من أقر ببيع وادعى تلجئة إن قلنا يقبل لأنه ادعى معنى اخر له ينف ما أقر به

قال الشيخ تقي الدين فيمن أقر بملك ثم ادعى شراءه قبل إقراره إنه لا يقبل ما يناقض إقراره إلا مع شبهة معتادة

فرع إذا أقر ببيع أو هبة أو إقباض ثم ادعى فساده وأنه أقر يظن الصحة لم يقبل وله تحليف المقر له فان نكل حلف هو ببطلانه وكذا إن قلنا برد اليمين فحلف المقر قاله ابن حمدان وإن باع شيئا ثم أقر أن المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري لأنه يقر على غيره ولأنه متهم فيه ولم ينفسخ البيع لأن الإقرار الذي صدر بعده مردود والمردود **وجوده كعدمه** ولأن حق المشتري قد تعلق بالمبيع فلم ينفسخ بغير رضاه ما لم يوجد ما يوجب ذلك ولزمته غرامته للمقر له لأنه فوته عليه بالبيع وكذلك إن وهبه أو أعتقه ثم أقر به فهو كما لو باعه ثم أقر به لغيره وإن قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد

١-

." (٢)

"التغيير ولا يعتبر في المكاثرة صب الماء دفعة واحدة لانه لا يمكن ذلك لكن يوصله على حسب الامكان في المتابعة على ما ذكرنا (مسألة) (فان كوثر بماء يسير أو بغير الماء كالتراب ونحوه فازال التغير

---

(١) المبدع، ٣١٣/٩

(٢) المبدع، ٣٤٥/١٠

لم يطهر في أحد الوجهين) لان هذا لا يدفع النجاسة عن نفسه فعن غيره أولى (والثانى) يطهر لان علة النجاسة زالت وهو التغير أشبه مالو زال تغيره بنفسه ولان الماء اليسير إذا لم يؤثر فلا أقل من أن يكون **وجوده كعدمه** ويحتمل التفرقة بين المكاثرة بالماء اليسير وغيره فإذا كوثر بالماء اليسير طهر لما ذكرنا وإذا كوثر بالتراب أو غيره لم يطهر لان ذلك ربما ستر التغير الحادث من النجاسة فيظن انه قد زال ولم يزل (فصل) فاما الذي يقع فيه بول الآدمي إذا قلنا بنجاسته فلا يطهر بالمكاثرة بقلتين لان القلتين بالنسبة إلى البول كما دونهما بالنسبة إلى غيره لكن يطهر بأحد ثلاثة أشياء المكاثرة بما لا يمكن نزحه.

الثاني: أن ينزح منه حتى يزول تغيره ويبقى مالا يمكن نزحه (الثالث) أن يزول تغيره بنفسه ان كان كذلك ذكره ابن عقيل (فصل) فاما غير الماء من المائعات إذا وقعت فيه نجاسة ففيه ثلاث روايات (إحداهن) انه يتنجس وان كثر وهو الصحيح إن شاء الله لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الفأرة تموت في السمن فقال " ان كان جامدا فألقوها وما حولها وإن كان مائعا فلا تقربوه " رواه الامام احمد – نهى عنه ولم يفرق بين قليله وكثيره ولانها لا تطهر غيرها فلا تدفع النجاسة عن نفسها كاليسير (والثانية) انها كالماء." (١)

"ولنا أنه صوم واجب فوجب أن ينوي كل يوم من ليلته كالقضاء ولان هذه الايام عبادات لا يفسد بعضها بفساد بعض ويتخللها ما ينافيها أشبهت القضاء وبهذا فارقت اليوم الاول وعلى قياس رمضان إذا نذر صوم شهر بعينه خرج فيه مثل ما ذكرنا في رمضان (فصل) ومعنى النية القصد وهو اعتقاد القلب فعل شئ وعزمه عليه من غير تردد فمتى خطر بقلبه في الليل أن غدا من رمضان وانه صائم فيه فقد نوى وان شك في أنه من رمضان ولم يكن له أصل يبني عليه مثل ليلة الثلاثين من شعبان ولم يحل دون مطلع الهلال غيم ولا قتر فعزم أن يصوم غدا من رمضان لم تصح النية ولم يجزئه صيام ذلك اليوم لان النية قصد يتبع العلم وما لا يعلمه ولا دليل على وجوده لا يصح قصده وبهذا قال حماد وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المنذر

وقال الثوري والاوزاعي يصح إذا نواه من الليل كاليوم الثاني وعن الشافعي كالمذهبين ولنا انه لم يجزم النية بصومه من رمضان فلم يصح كما لو لم يعلم الا بعد خروجه وكذلك إن بنى على قول المنجمين وأهل الحساب فوافق الصواب لم يصح صومه وان كثرت اصابتهم لانه ليس بدليل شرعي يجوز البناء عليه ولا

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣١/١

العمل به فكان **وجوده كعدمه** قال النبي صلى الله عليه وسلم " صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته " وفي رواية " لا تصوموا حتى تروه ولا تفطروا حتى تروه " فأما ليلة الثلاثين." (١)

"" البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " متفق عليه، وروى رفاعة أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال " يا معشر التجار " فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال " ان التجار يبعثون يوم القيامة فجارا إلا من بر وصدق " قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح في أحاديث كثيرة سوى هذه، واجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة والحكمة تقتضيه لان حاجة الانسان تتعلق بما في يد صاحبه ولا يبذله صاحبه بغير عوض ففي تجويز البيع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته (مسألة) (وله صورتان (إحداهما) الايجاب والقبول.

فالايجاب ان يقول البائع بعتك أو ملكتك أو نحوهما، والقبول أن يقول المشتري أبتعت أو قبلت أو ما في معناهما فان تقدم القبول الايجاب جاز في احدى الروايتين) إذا تقدم القبول الايجاب بلفظ الماضي كقوله ابتعت منك فقال بعتك صح في أصح الروايتين لان لفظ القبول والايجاب وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما فيصح كما لو تقدم الايجاب (والثانية) لا يصح لانه عقد معاوضة فلم يصح مع تقدم القبول كالنكاح ولان القبول مبني على الايجاب فإذا لم يتقدم الايجاب فقد أتى بالقبول في غير محله **فوجوده كعدمه**، فان تقدم بلفظ الطلب فقال: بعني ثوبك بكذا فقال بعتك ففيه روايتان أيضا (احداهما) يصح لما ذكرنا وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لا يصح وهو قول أبى حنيفة لانه لو تأخر عن الايجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم كلفظ الاستفهام ولانه عقد عري عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب فاما ان تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول أتبيعني ثوبك بكذا فيقول بعتك لم يصح بحال.

نص عليه احمد." (٢)

"قوم لا بأس به.

والصحيح الاول للحديث المذكور فان باع فالبيع صحيح لانه تم بأركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له وكراهة ذلك لا توجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية، وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم " قولوا لا أربح الله تجارتك " من غير اخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم ﴿ بسم الله الرحمن

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٢٦/٣

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣/٤

الرحيم ﴿ باب الشروط في البيع وهي ضربان: صحيح وهو ثلاثة أنواع (أحدها) شروط من مقتضى البيع كالتقابض وطول الثمن ونحوه فهذا لا يؤثر فيه لانه بيان وتأكيد لمقتضى العقد **فوجوده كعدمه** (الثاني) شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو الشهادة أو صفة في المبيع مقصودة نحو كون العبد كاتبا أو خطيبا أو صانعا أو مسلما أو الامة بكرا أو الدابة هملاجة أو الفهد صيودا فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به فان لم يف به فللمشتري الفسخ والرجوع بالثمن والرضا به لانه ش.رط وصفا مرغوبا فيه فصار

الشرط مستحقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم " المؤمنون عند شروطهم " ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا ﴿ مسألة ﴾ (فان شرطها ثيبا كافرة فبانت بكرا مسلمة فلا فسخ له لانه زاده خيرا وليس ذلك يزيد في الثمن فاشبه مالو شرطه غير صانع فبان صانعا) وهذا قول الشافعي في البكر واختيار القاضي واستبعد كونه يقصد الثيوبة لعجزه عن البكر ويحتمل أن له الفسخ لان له فيه قصدا صحيحا وهو أن طالب الكافرة اكثرة لصلاحيتها للمسلمين والكفار أو ليستريح من تكليفها العبادات وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر أو لبيعها لعاجز عن البكر فقد فات قصده وقد دل اشتراطه على أن له قصدا صحيحا.

فأما ان شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها مثل أن يشرطها سبطه فبانت جعدة أو جاهلة فبانت عالمة فلا خيار له لانه زاده خيرا.

(فصل) فان شرط الشاة لبونا صح وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يصح لانه ل ا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يجز شرطه، ولنا أنه امر مقصود يتحقق من الحيوان ويأخذ قسطا من الثمن فصح اشراطه كالصناعة في الامة والهملجة في الدابة وإنما لم يجز بيعه مفردا للجهالة والجهالة فيما كان تبعا لا تمنع الصحة ولذلك لو اشتراها بغير شرط صح بيعه معها.

وكذلك يصح بيع اساسات الحيطان والنوى في التمر وان لم يجز بيعهما منفردين فان شرط انها تحلب قدرا معلوما لم يصح لان اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه فتعذر الوفاء به، وإن شرطها غزيرة اللبن صح لانه يمكن الوفاء به وان شرطها حاملا صح.

وقال القاضي قياس المذهب أن لا يصح لان الحمل لاحكم له.

ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ريح ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا.

وقوله ان الحمل لاحكم له لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد حكم في الدية بأربعين خلفة في

بطونها أولادها، ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ومنع وطئ الحبالى المسبيات وأرخص للحامل في الفطر في رمضان إذا اخافت على ولدها ومنع من." (١)

"أن يبرأ من العيوب كلها بالبراءة وحكاه بعض أصحابنا رواية عن أحمد بناء على جواز البراءة من المجهول، وروي هذا عن ابن عمر، وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما روت أم سلمة أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه " وهذا يدل على أن البراءة من المجهول جائزة ولانه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح في المجهول كالطلاق والعتاق ولافرق بين المجهول وغيره فما يثبت في أحدهما يثبت في الآخر وقول عثمان قد خالفه ابن عمر فلا يبقى حجة

(فصل) وإذا قلنا بفساد هذا الشرط لم يفسد به البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لاصحاب الشافعي لما ذكرنا من قضية ابن عمر فانهم أجمعوا على صحتها فعلى هذا لايمنع الرد بوجود الشرط.

ويكون **وجوده كعدمه** وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان (إحداهما) يفسد بها العقد فيدخل في هذا البيع لان البائع انما رضي بهذا الثمن عوضا عن ماله بهذا الشرط فإذا فسد الشرط فات الرضا به فيفسد البيع لعدم التراضي.

(فصل) قال رضي الله عنه (وإن باعه دارا أو ثوبا على أنه عشرة أذرع فبان احد عشر فالبيع باطل) لانه لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة انما باع عشرة، ولا المشتري على أخذ البعض وإنما اشترى الكل وعليه ضرر في الشركة أيضا، عنه أنه صحيح والزيادة للبائع لان ذلك نفص على المشتري فلم يمنع صحة البيع كالمعيب، ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائدا وبين تسليم العشرة فان رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لانه زاده خيرا وإن أبى تسليمه زائدا فللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ بجميع الثمن المسمى فان رضي بالاخذ أخذ بالعشرة والبائع شريك له بالذراع، وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين (أولهما) له الفسخ لان عليه ضررا في المشاركة (والثاني) لاخيار له لانه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولان هذا الضرر حصل بتغريره واختياره بخلاف مجبره فلا ينبغي أن يسلط به على فسخ عقد المشتري، فان بذلها البائع للمشتري بثمن أو طلبها المشتري بثمن لم يلزم الآخر القبول لانها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وإن تراضيا على ذلك جاز، وإن بانت تسعة فالبيع باطل لما ذكرنا وعنه أنه صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ وأخذ

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤/٤٨

المبيع بقسطه من الثمن، وقال أصحاب الشافعي ليس له إمساكه إلا بجميع الثمن أو الفسخ بناء على المبيع المعيب عندهم، ولنا أنه وجد المبيع ناقصا في القدر فكان له إمساكه بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين وسنبين في المعيب أن له أمساكه وأخذ الارش، فان أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لانه إنما رضي ببيعه بكل الثمن فإذا لم يصل إليه ثبت له الفسخ، فان بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لانه وصل إليه الثمن الذي رضيه فأشبه مالو اشترى معيبا فرضيه بجميع الثمن وان اتفقا على تعويضه عنه جاز لانها." (١)

"الخلط يسيرا كحبات الشعير ويسير التراب والزوان الذي لا يظهر في الكيل لم يمنع لانه لا يخل بالتماثل ولا يجوز بيع التمر بالدبس والخل والناطف والقطارة لان بعضها معه من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد، ولا يجوز بيع الناطف بعضه ببعض ولا بغيره من المصنوع من التمر لان معهما شيئا مقصودا من غير جنسهما فهو كمد عجوة والعنب كالتمر فيما ذكرناه (فصل) ولا يجوز بيع المشوب بالمشوب كالكشك والكامخ ولا يجوز بيع أحدهما بالآخر كمسألة مد عجوة ولا يجوز نيئه بمطبوخه كالخبز بالعجين والحنطة المقلية بالنيئة لانه لا يحصل التماثل لان النار ذهبت ببعض رطوبتها وهذا مذهب الشافعي (فصل) ولايجوز بيع نوع بنوع آخر إذا لم يكن فيه منه فيجوز بيع الزبد بالزبد والسمن بالمخيض في ظاهر المذهب متماثلا متفاضلا لانهما جنسان من اصل واحد اشبها اللحم والشحم، وممن اجاز بيع الزبد بالمخيض الثوري والشافعي واسحاق لان اللبن الذي في الزبد غير مقصود وهو يسير فلم يمنع كالملح في الشيرج، وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز لخلوه من اللبن المخيض، ولا يجوز بيع الزبد بالسمن

لان في الزبد لبنا يسيرا ولا شئ في السمن فيختل التماثل ولانه من الزبد فلم يجز بيعه كالزيتون بالزيت وهذا مذهب الشافعي، واختار القاضي جوازه لان اللبن الذي في الزبد غير مقصود **فوجوده كعدمه** ولهذا جاز بيع الزبد بالمخيض ولا يصح ذلك لان التماثل شرط وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز البيع كتمر منزوع النوى بما نواه فيه ولان أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر أشبه الرطب بالتمر وكل رطب بيابس من جنسه، ولا يجوز بيع شئ من الزبد والسمن والمخيض بشئ من أنواع اللبن كالجبن واللبأ ونحوهما لان هذه الانواع لم ينزع منها شئ فهي كاللبن الذي فيه زبده فلم يجز بيعها به كبيع اللبن بها، وأما بيع الجبن بالاقط فلا يجوز بيع رطوبتهما أو رطوبة أحدهما كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وان كانا يابسين احتمل المنع لان الجبن موزون والاقط مكيل فأشبه بيع الخبز بالدقيق، ويحتمل الجواز إذا

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤/٦٠

تماثلا كبيع الجبن بالجبن (فصل) ولا يجوز بيع رطب بيابس كالرطب بالتمر والعنب بالزبيب والحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة والمقلية بالنيئة ونحو ذلك، وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة لا يجوز لانه اما أن يكونا جنسا فيجوز متماثلا لقول النبي صلى الله عليه وسلم " التمر بالتمر مثلا بمثل " أو يكونا جنسين فيجوز لقوله عليه السلام " لا تبيعوا التمر بالتمر فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد " ولنا قوله عليه السلام " لا تبيعوا التمر بالتمر " وفي لفظ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في بيع العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا متفق عليهما، وعن سعد ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر قال " أينقص الرطب إذا يبس؟ " قالوا نعم.

فنهى عن ذلك رواه مالك وأبو داود والاثرم وابن ماجه، وفي رواية الاثرم قال " فلا اذن " نهي وعلل بأنه ينقص إذا يبس، وروى مالك عن." (١)

"افراده يمنع وإن لم يجز افراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته وما لا يمنع لا يمنع وإن جاز افراده كمال العبد (فصل) وان باع دارا سقفها مموه بذهب أو دارا بدار مموه سقف كل واحدة منهما جاز لان ما فيه الربا غير مقصود بالبيع **فوجوده كعدمه**، وكذلك لو اشترى عبدا له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن جاز إذا كان المال غير مقصود فهو كالسقف المموه، ولو اشترى عبدا بعبد واشترط كل واحد منهما مال العبد جاز أيضا إذا كان المال غير مقصود (فصل) وإن باع جنسا فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فهو على أقسام (أحدها) أن يكون غير المقصود يسيرا لا يؤثر في كيل ولا وزن كالملح فيما يعمل فيه وحبات الشعير في الحنطة فلا يمنع لانه يسير لا يخل بالتماثل، وكذلك لو وجد في أحدهما دون الآخر لم يمنع لذلك ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه كبيع الخبز بالملح جاز لان وجود ذلك كعدمه (الثاني) أن يكون غير المقصود كثيرا إلا أنه لمصلحة المقصود كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر فيجوز بيعه بمثله ويتنزل خلطه بمنزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلم يمنع من بيعه بما يماثله كالرطب بالرطب

ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لافضائه إلى التفاضل فجرى مجرى بيع التمر بالرطب، ومنع الشافعي ذلك كله إلا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج (الثالث) أن يكون غير المقصود كثيرا وليس من مصلحته كاللبن المشوب بالماء بمثله والاثمان المغشوشة بغيرها فلا يجوز بيع

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤/١٤٨

بعضها ببعض لان خلطه ليس من مصلحته وهو يخل بالتماثل المقصود فيه، وإن باعه بجنس غير المقصود كبيعه الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم احتمل الجواز لانه يبيعه بجنس غير مقصود فيه فأشبه بيع اللبن بشاة فيها لبن، ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في." (١)

"القصاص بعبد فخرج مستحقا رجع بقيته في قول الجميع وان خرج حرا فكذلك وبه قال أبو يوسف ومحمد وقا أبو حنيفة يرجع بالدية لان الصلح فاسد فيرجع ببدل ما صالح عنه وهو الدية

ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضا فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقا، فان صالحه عن القصاص يحر يعلمان حريته أو عبد يعلمان انه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لان الصلح باطل يعلمان بطلانه فكان **وجوده كعدمه** (فصل) وان صالح عن دار أو عبد بعوض فخرج العوض مستحقا أو حرا رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيمته ان كا بالغا لان الصل ههنا مع في الحقيقة فإذا تبين أن العوض كان متسحقا أو حرا كان البيع فاسدا فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فانه ليس ببيع وإنما يأخذ عوضا عن اسقاط القصاص ولو اشترى شيئا فوجده معيبا فصالحه عن عبيه بعبد فبان مستحقا أو حرا رجع بارش العيب.

(مسألة) (ولو صالح سارقا ليطلعه أو شاهدا ليكتم شهادته أو شفيعا عن شفعته أو مقذوفا عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة وفي الحد وجهان)." (٢)

"وعنه في اللقطة لا تجوز الصدقة بها فيخرج هنا له دفعه فلى هذا له دفعه إلى نائب الامام كالضوال (فصل) قال رضي الله عنه (ومن أتلف مالا محترما لغيره ضمنه إذا كان بغير اذنه لا نعلم في ذلك خلافا) لانه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده (مسألة) (وان فتح قفصا عطائر فطار أو حل قيد عبده أو رباط فرسه فذهبت ضمنه) وبه قال ملك وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا أن يكون اهاجهما حتى ذهبا وقال أصحاب الشافعي ان وقفا عبد الحل والفتح ثم ذهبا لم يضمنهما وان ذهبا عقيب ذلك ففيه قولان واحتجابان لهما اختبارا وقد وجدت منهما المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجئ فإذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئرا فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما حصلت ممن لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة واشلى كلبا على صبي فقتله أو أطلق نارا في متاع

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤/١٦٠

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥/١٧

انسان فان للنار فعلا لكن لما لم يكن احالة الحكم عليها كان **وجوده كعدمه** ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وانما يبقى بالمانع فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير فأفلس لانه تلف بسبب فلعه فأما ان فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنفرهما فذهبا." (١)

"القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف مالو غصب شيئا لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فانه يرده لان ملك المغصوب منه لم يزل عنه (فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلا أو موزونا فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالعيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسألة التي قبلها لان لمشتري النقص التصرف فيه قبل نقبيض ثمنه فأشبه مالو اشتراه منه أجنبي (فصل) فان اشترى شقصا بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقا فالبيع باطل ولا شفعة فيه لانها إنما تثبت في عقد ينقل الملك إلى المشتري وهو العقد الصحيح فاما الباطل **فوجوده كعدمه** فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا ببينة أو اقرارا من الشفيع والمتبايعين وان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد إلى صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص وان أقر الشفيع أو المشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ويجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والمشتري ينكره فيشتري الشقص منه ويتبار آن، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد لعى صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشئ لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر، ان أقر الشفيع وحده." (٢)

"بدرهم فلا يزاد عليه وهذا لا يصح لانه ان صح العقد فله المسمي وان فسد **فوجوده كعدمه** فيجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة * (مسألة) * (وإن قال ان خطته روميا فلك درهم، وان خطته فارسيا فلك نصف درهم فهل يصح؟ على وجهين) بناء على التي قبلها والخلاف فيها كالتي قبلها الا أن أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة ههنا ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعتك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين (أحدهما) أن العمل الثاني ينضم إلى

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥/٤٤٤

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥/٥١٠

العمل الاول ولكل واحد منهما عوض مقدر فأشبه ما لو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وههنا الخياطة واحدة يشرط فيها عوضا إن وجدت على صفة وعوضا ان وجدت على أخرى أشبه ما لو باعه بعشرة صحاح أو احدى عشرة مكسرة (والثاني) أنه وقف الاجارة على شرط بقوله ان خطته كذا فلك كذا وان خطته كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة (فصل) نقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من جمال إلى مصر بأربعين دينارا فان نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فان نزل الرقة فكراؤه عشرون، فقال إن اكترى إلى الرقة بعشرة واكترى إلى دمشق بعشرة والى مصر بعشرة جاز ولم يكن للجمال أن يرجع فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الاول." (١)

"ان شاء الله تعالى لان العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده وقد أمكن حملها على إجارتها للجهة التي تجوز اجارتها فيها، وقول القاضي لا يصح لما ذكرنا، وما ذكر أصحاب الشافعي من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد فان ذلك يسير لا أثر له **فوجوده كعدمه** (فصل) ويجوز أن يستأجر نخلا ليجفف عليه الثياب ويبسطها عليه ليستظل بظلها ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكروه في الاثمان ولنا انها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك النابتة وذلك لان الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين فما جاز في إحداهما يجوز في الاخرى ولانها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ولانها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة (فصل) ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وقطع الكافور والند لشمه للمرضى وغيرهم مدة ثم يرده لانها منفعة أشبهت الوزن والتحلي مع انه لا ينفك من اخلاق وبلى (فصل) يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلي فيه وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز

لان فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة بحال فلا تجوز الاجارة لذلك ولنا ان هذه منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالسكنى ويفارق الصلاة فانها لا تدخل النيابة فيها بخلاف المسجد * (مسألة) * (ويجوز استئجار ولده لخدمته وامرأته لرضاع ولده وحضانته)." (٢)

"البكر تستحي قال " رضاؤها صمتها " متفق عليه، وفي رواية " تستأمر اليتيمة في نفهسا فان سكتت فهو اذنها " وهذا صريح في غير ذات الاب والاخبار في هذا كثيرة ولان الحياء عقلة على لسانها يمنعها

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٢١/٦

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٣/٦

النطق بالاذن ولا تستحى من أبائها وامتناعها فإذا سكتت غلب على الظن انه كرضاها فاكتفى به وما ذكروه يفضي إلى ان لا يكون صمتها إذنا في حق الاب ايضا لانهم جعلوا **وجوده كعدمه** فيكون إذا ردا على النبي صلى الله عليه وسلم بالكلية واطراحا للاخبار الصريحة الجلية وخرقا لاجماع الامة

(فصل) فان اذنت بالنطق فهو وابلغ واتم، وان ضحكت أو بكت فهو بمنزلة سكوتها، وقال ابو يوسف ومحمد ان بكت فليس باذن لانه يدل على الكراهة وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث.

ولنا ما روى أبو بكر باسناده عن ابي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " تستأمر." [(١)]

"فإذا أزال نكاحه فلا مهر له لانه يقرأنه لا يستحقه وسواء دخل أو لم يدخل ويحرم النكاح بعد ذلك لما ذكرنا.

باب الشروط في النكاح

وهي قسمان صحيح وفاسد فالصحيح نوعان (أحدهما) يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه وتمليكه من الاستمتاع بها فهذا لا يؤثر في العقد **وجوده كعدمه** (الثاني) شرط ما تنتفع به المرأة كزيادة على مهرها أو نقد معين فهو صحيح يجب الوفاء به كالثمن في المبيع (مسئللة) (فان شرط ان لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى فهو صحيح لام فان وفي به وإلا فلها الفسخ) يروي ذلك عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعي واسحاق وأبطل هذه الشروط الزهري وقتادة وهشام بن عروة ومالك والليث والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقال أبو حنيفة والشافعي يفسد المهر ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط) وهذا ليس في كتاب الله لان الشرع لا يقتضيه وبقول النبي." [(٢)]

"ولم يفرض لها صداقا فلما حضرته الوفاء قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجني فلانة ولم يفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا واني قد أعطيتها عن صداقها سهمي الذي بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة الف، فاما ان تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فان لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه فان طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة لانه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء، وان فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة ولم يثبت لها بفرضه ما لم ترض به.

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٠٢/٧

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥٢٦/٧

فان ارتفعا إلى الحاكم فليس له ان يفرض لها الا مهر المثل لان الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها.
ولا يحل الميل ولانه انما يفرض له بدل البضع فيقدر بقدره كالسلعة إذا اتلفت يرجع إلى تقويمها بقول اهل الخبرة، ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل إلى امكان فرضه ومتى صح الفرض صار كالمسمى في العقد في انه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه ويلزمها ما فرضه الحاكم سواء رضيت به أو لم ترض كما يلزم ما حكم به.

(فصل) وان فرض لها اجنبي مهر مثلها فرضيته لم يصح وكان **وجوده كعدمه** لانه ليس بزوج
ولا حاكم فان سلم إليها ما فرض لها فريضته احتمل ان يصح لما ذكرنا فيكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما اعطاها لان تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج ويحتمل ان يصح لانه يقوم مقامه في قضاء المسمى فيقوم مقامه في قضاء ما يوجبه العقد غير المسى.
فعلى هذا إذا طلقت قبل الدخول." (١)

"المهر بالاصابة، والاصابة انما توجب مهر المثل ولان العقد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مسيسها لم يكن لها شئ وإذا لم يكن موجبا كان **وجوده كعدمه** وبقي الوطئ موجبا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطئ الشبهة ولان القسمة لو فسدت لوجب مهر المثل فإذا فسد العقد من أصله كان أولى، وقول أبي حنيفة إنها رضيت بدون صداقها انما يصح إذا كان العقد هو الموجب، وقد بينا أنه إنما يجب بالاصابة فيوجب مهر المثل كاملا كوطئ الشبهة.
* (مسألة) * (ولا يستقر بالخلوة) وهو قول أكثر أهل العلم، وقال أصحابنا يستقر قياسا على العقد الصحيح ونص عليه أحمد والاول أولى لان الصداق لم يجب بالعقد وانما أوجبه الوطئ ولم يوجد ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأشبه الخلوة بالاجنبية ولان النبي صلى الله عليه وسلم إنما جعل لها المهر بما استحل من فرجها ولم يوجد ذلك في الخلوة بغير إصابة وقد ذكرناه.
(فصل) إذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يحل تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها فان امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه نص عليه أحمد، وقال الشافعي لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق لانه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق إلى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ولان تزويجها من غير فرقة يفضي إلى تسليط زوجين عليها كل واحد منهما

---
(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٨٤/٨

يعتقد صحة نكاحه وفساد نكاح الآخر ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين فعلى هذا متى تزوجت بآخر قبل." (١)

"كما لو قال ان وطئتك فلله علي صوم أمس فلو قال ان وطئتك فلله علي أن أصلي عشرين رجعة كان موليا وقال أبو حنيفة لا يكون موليا لان الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها

موليا كما لو قال ان وطئتك فلله علي أن أمشي في السوق ولنا أن الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها موليا كالصوم والحج وما ذكره لا يصح فان الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة، وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون موليا لانه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين إما الكفارة وإما المشي فقد صار الحنث موجبا لحق عليه فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصي فان نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب وان سلمنا فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسئلتنا وإذا استثنى في يمينه لم يكن موليا في قول الجميع لانه لا يلزمه كفارة بالحنث فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه وهذا إذا كانت اليمين بالله تعالى أو كانت يمينا مكفرة فأما الطلاق والعتاق فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر **فوجوده كعدمه** ويكون موليا بهما سواء استثنى أو لم يستثن (الشرط الثالث) أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر وهذا قول ابن عباس وسعيد بن جبير وطاوس ومالك والاوزاعي والشافعي وأبي ثور وأبي عبيد وقال عطاء والثوري وأصحاب الرأي إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان موليا وحكى ذلك القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد لانه ممتنع عن الوطئ باليمين أربعة أشهر فكان موليا كما لو حلف على." (٢)

"تفريقه باطلا **وجوده كعدمه**.

وبهذا قال مالك وقال الشافعي لا تقع الفرقة حتى يكمل للزوج لعانه وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إذا فرق بينهما بعد ان لاعن كل واحد منهما ثلاث مرات اخطأ السنة والفرقة جائزة وان فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة لان من اتى بالثلاث فقد اتى بالاكثر فتعلق الحكم به ولنا انه تفريق قبل تمام اللعان فلم يصح كما لو فرق بينهما لاقل من ثلاث أو قبل لعان المرأة ولانها ايمان مشروعة لا يجوز للحاكم الحكم قبلها بالاجماع فإذا حكم لم يصح حكمه كايمان المختلفين في البيع وكما قبل الثلاث ولان الشرع انما

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٩٧/٨

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥٠٩/٨

ورد بالتفريق بعد كمال السبب فلم يجز قبله كسائر الاسباب وما ذكروه تحكم لا دليل عليه ولا أصل له ثم يبطل بما إذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة أو بمن توجهت عليه اليمين إذا أتى بأكثر حروفها وبالمسابقة إذا قال من سبق إلى خمس اصابات فسبق إلى ثلاثة وبسائر الاسباب فأما إذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما لان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين ولم يستأذنهما وروي مالك عن نافع عن ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما والحق الولد بالمرأة وروي

سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد قال شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين أخرجهما." (١)

"فيه خلافا فان اقر الشاهدان والحاكم والولي جميعا بذلك فعلى الولي القصاص لانه باشر القتل عمدا وعدوانا وينبغي ان لا يجب على غيره شئ لانهم متسببون والمباشرة تبطل حكم التسبب كالدافع مع الحافر ويفارق هذا ما إذا لم يقر لانه لم يثبت حكم مباشرة القتل في حقه ظلما فكان **وجوده كعدمه** ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم لان الجمع متسببون وان صار الامر إلى الدية فهي عليهم اثلاثا ويحتمل ان يتعلق الحكم بالحاكم وحده لان سببه أخص من سببهم فان حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله فاشبه المباشر مع المتسبب فان كان الولي المقر بالتعمد لم يباشر القتل وإنما وكل فيه فأقر الوكيل بالعلم وتعمد القتل ظلما فهو القاتل وحده لانه المباشر للقتل عمدا ظلما من غير اكراه فتعلق الحكم به كما لو قتل في غيره هذه الصورة وان لم يعترف بذلك فالحكم يتعلق بالولي كما لو باشره (فصل) قال رضي الله عنه وشبه العمد ان يقصد الجناية بما لا يقتل غالبا فيقتل اما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير أو يلكزه بيده أو يلقيه في ماء يسير أو يقتله بسحر لا يقتل غالبا وسائر ما لا يقتل غالبا أو يصيح بصبي أو معتوه وهما على

سطح فيسقطان أو يغتفل عاقلا فيصيح به فيسقط فهو شبه عمد إذا قتل لانه قصد الضرب دون القتل ويسمي خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماع العمد والخطأ فيه فانه عمد الفعل واخطأ في القتل فهذا لا قود فيه والدية على العاقلة في قول أكثر أهل العلم وجعله مالك عمدا في بعض ما حكي عنه موجبا للقصاص." (٢)

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٦/٩

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٣١/٩

"وسكت بقيتهم لم يكن سكوتهم نقضا وفي عقد الهدنة يكون نقضا (مسألة) وإن تحاكموا إلى الحاكم مع مسلم لزمه الحكم بينهم وإن تحاكم بعضهم مع بعض أو استعدى بعضهم على بعض خير بين الحكم بينهم وبين تركهم) لان انصاف المسلم والانصاف منه واحب وطريقه الحكم لقول الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم أو اعرض عنهم) ولانهما كافران فلم يجب الحكم بينهما كالمستأمنين ولا يحكم بينهم إلا بحكم الاسلام لقول الله تعالى (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وعنه يلزمه الحكم بينهم لقول الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولان رفع الظلم عنهم واجب وطريقه الحكم فوجب كالحكم بين المسلمين (فان استعدت المرأة على زوجها في طلاق أو ايلاء أو ظهار فان شاء أعداهما وإن شاء تركهما على الرواية الاولى فان أحضرت زوجها حكم عليه بحكم المسلمين في مثل ذلك، فان كان قد ظاهر منها منعه وطأها حتى يكفر وتكفيره بالاطعام لانه لا يصح منه الصوم ولا يصح شراؤه للعبد المسلم ولا تملكه (مسألة) (وإن تبايعوا بيوعا فاسدة وتقابضوا لم ينقض فعلهم لانه عقدتم قبل اسلامهم على ما يجوز ابتداء العقد عليه فأقروا عليه ولم ينقض كأنكحتهم وإن لم يتقابضوا فسخه سواء كان قد حكم بينهم حاكمهم ام لا) لانه عقد لم يتم ولا يجوز الحكم باتمامه لكونه فاسدا فتعين نقضه وحكم حاكمهم **وجوده كعدمه** لان من شرط الحاكم النافذة أحكامه الاسلام ولم يوجد (فصل) سئل احمد رحمه الله عن الذمي يعامل بالربا ويبيع الخمر والخنزير ثم يسلم وذلك المال في يده فقال لا يلزمه أن يخرج منه شيئا لان ذلك مضى في حال كفره فأشبه نكاحه في الكفر إذا أسلم، وسئل عن المجوسيين يجعلان ولدهما مسلما فيموت وهو ابن خمس سنين، فقال يدفن في مقابر المسلمين لقول النبي صلى الله عليه وسلم (فأبواه يهودانه أو ينصرانه اويمجسانه)) يعني ان هذين لم يمجساه فبقي على الفطر (الفطرة):، وسئل عن اطفال المشركين فقال: اذهب إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم (اعلم بما كانوا عاملين) قال وكان ابن عباس يقول (وأبواه يهودانه وينصرانه – حتى سمع – الله أعلم بما كانوا عاملين) فترك قوله

وسأله ابن الشافعي فقال يا أبا عبد الله ذراري المشركين والمسلمين؟ فقال هذه مسائل أهل الزيغ وقال أبو عبد الله سأل بشر بن السري سفيان الثوري عن أطفال المشركين فصاح به وقال." (١)

"جوادين وهو بطئ فهو قمار للخبر ولانه مأمون سبقه **فوجوده كعدمه**، وان كان مكافئا جاز فان جاءوا الغاية دفعة واحدة أحرز كل واحد منهما سبق نفسه ولا شئ للمحلل لانه لا سابق فيهم وكذلك إن سبقا المحلل وان سبق المحلل أحرز السبقين بالاتفاق وان سبق احد المستبقين وحده احرز سبق نفسه

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٦٣١/١٠

واخذ سبق صاحبه ولم يأخذ من المحلل شيئا وان سبق احد المستبقين والمحلل احرز السابق مال نفسه ويكون سبق المسبوق بين السابق والمحل نصفين وسواء كان المستبقون اثنين أو أكثر حتى لو كانوا مائة وبينهم محلل لا سبق منه جاز ولذلك لو كان المحلل جماعة جاز لانه لا فرق بين الاثنين والجماعة وهذا مذهب الشافعي.

* (مسألة) * (وان قال المخرج من سبق فله عشرة ومن صلى فله ذلك لم يجز إذا كانا اثنين وإن قال من صلى فله خمسة جاز) وجملة ذلك انه إذا كان المخرج غير المتسابقين فقال لهما أو لجماعة ايكم سبق فله عشرة جاز لان كل واحد منهم يطلب ان يكون سابقا فأيهم سبق استحق العشرة فان جاؤا جميعا فلا شئ لواحد." [1]

"(أحدها) يحنث لانه قد فات رفعه إليه فاشبه ما لو مات (والثاني) لا يحنث لانه لم يتحقق فواته لاحتمال ان يلي فيرفعه إليه بخلاف ما لو مات فانه يحنث لانه قد تحقق فواته، وإن مات قبل إمكان رفعه إليه حنث أيضا لانه قد فات فاشبه ما لو حلف ليضر بن عبده في غد فمات العبد اليوم ويحتمل ان لا يحنث لانه لم يتمكن من فعل المحلوف عليه فاشبه المكره، وان قلنا لا تنحل يمينه فعزل فرفعه إليه بعد عزله بر بذلك (فصل) وان اختلف السبب والنية مثل ان امتنت عليه امرأته بغزلها فحلف ان لا يلبس ثوبا من غزلها ينوي اجتناب اللبس خاصة دون الانتفاع بثمنه وغيره قدمت النية على السبب وجها واحدا لان النية وافقت مقتضى اللفظ وان نوى بيمينه ثوبا واحدا فكذلك في ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي يقدم السبب لان اللفظ، ظاهر في العموم والسبب يؤكد ذلك الظاهر ويقويه لان السبب هو الامتنان وظاهر حاله قصد قطع المنة فلا يلتفت إلى نيته المخالفة للظاهرين والاول أصح لان السبب انما اعتبر لدلالته على القصد فإذا خالف حقيقة القصد لم يعتبر فكان **وجوده كعدمه** فلم يبق الا اللفظ بعمومه والنية تخصه على ما بيناه فيما مضى * (فصل) * قال الشيخ رحمه الله (فان عدم ذلك رجع إلى التعيين - يعني إذا عدمت النية والسبب رجع إلى التعيين - فإذا حلف لا يدخل دار فلان هذه فدخلها وقد صارت فضاء أو حماما أو مسجدا أو باعها فلان، أو لالبست هذا القميص فجعله سراويل أو رداء أو عمامة ولبسه، أو لا كلمت هذا الصبي فصار شيخا أو امرأة فلان أو صديقة فلان أو غلامه سعدا فطلقت الزوجة وزالت الصداقة وعتق

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ١٣٧/١١

العبد فكلمهم، أو لا أكلت لحم هذا الحمل فصار كبشا أو لا أكلت هذا الرطب فصار تمرا أو دبسا أو خلا أو لا اكلت هذا اللبن فتغير أو عمل منه شئ فأكله حنث في ذلك كله ويحتمل أن لا يحنث)." (١)

"مكية نزلت قبل فرض الزكاة لان الزكاة انما فرضت بالمدينة ثم لو كان لحق الزكاة فلا حجة فيها فان الحق إذا كان في بعض المال كان في المال كما ان من هو في بيت في بلدة فهو في البيت وفي البلدة قال الله تعالى (وفي السماء رزقكم وما توعدون) ولا يلزم ان يكون في جميع اقطارها، ثم لو اقتضى هذا العموم لوجب تخصيصه فان ما دون النصاب مال ولا زكاة فيه وان كان له دين حنث وهكذا ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة لا يحنث لانه لا ينتفع به ولنا أنه ينعقد عليه حول الزكاة ويصح اخراجها عنه ويصح التصرف فيه بالابراء والحوالة والمعاوضة عنه لمن هو في ذمته والتوكيل في استيفائه فحنث به كالمودع (فصل) وان كان له مال مغصوب حنث لانه باق على ملكه وان كان له مال ضائع ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لان الاصل بقاؤه على ملكه (والثاني) لا يحنث لانه لا يعلم بقاؤه فان ضاع على وجه قد أيس من عوده كـالذي سقط في بحر لم يحنث لان **وجوده كعدمه**، ويحتمل ان لا يحنث في كل موضع لا يقدر على أخذ ماله كالمجحود والمغصوب والدين على غير ملئ لانه لا نفع فيه وحكمه حكم المعدوم في جواز الاخذ من الزكاة وانتفاء وجوب ادائها عنه وان تزوج لم يحنث لان ما ملكه ليس بمال وكذلك ان وجب له حق شفعة لانه لم يثبت له الملك به وان استأجر عقارا أو غيره لم يحنث لانه لا يسمى مالكا لمال * (مسألة) * (وان حلف لا يفعل شيئا فوكل من يفعله حنث الا ان ينوي)." (٢)

"لانه إذا حكم به فقد حكم بما يعتقد انه باطل وهذا كما قلنا فيمن تغير اجتهاده في القبلة بعدما صلى لا يعيد وان كان قبل أن يصلي صلى إلى الجهة التي تغير اجتهاده إليها وكذلك إذا بان فسق الشهود قبل الحكم بشهادتهم لم يحكم بها ولو بان بعد الحكم لم ينقضه * (مسألة) * (وان كان ممن لا يصلح نقض أحكامه وان وافقت الصحيح ويحتمل أن لا ينقض الصواب منها) أما إذا كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء نقض قضاياه كلها ما أخطأ فيها وما أصاب ذكره أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي لان وجود قضائه كعدمه، قال شيخنا تنقض قضاياه المخالفة للصواب كلها سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ لان حكمه غير صحيح وقضاؤه كلا قضاء لعدم شرط القضاء فيه وليس في نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد، لان الاول ليس باجتهاد ولا ينقض ما وافق الصواب لعدم الفائدة في نقضه فان الحق

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ١١/١٨٢

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ١١/٢٥٥

وصل إلى مستحقه ولو وصل الحق إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم لم يغير ذلك فكذلك إذا كان بقضاء **وجوده كعدمه** * (مسألة) * (وإن استعداه أحد على خصم له أحضره وعنه لا يحضره حتى يعلم ان لما ادعاه أصلا) هذه المسألة فيها روايتان (احداهما) انه يلزم القاضي أن يعديه ويستدعي خصمه سواء عما بينهما معاملة أو لم يعلم وسواء كان المستعدي ممن يعامل المستعدى عليه أو لا يعامله كالفقير يدعي على ذي ثروة وهيئة نص على هذا في رواية الاثرم في الرجل يستعدي على الحاكم انه يحضره ويستحلفه، وهذا اختيار أبي بكر ومذهب." (١)

"يشاركه في الاسم والصفة وقد مات نظر فان كان موته قبل وقوع المعاملة التي وقع الحكم بها أو كان ممن لم يعاصره المحكوم عليه أو المحكوم له لم يقع إشكال وكان **وجوده كعدمه**، وان كان موته بعد الحكم أو بعد المعاملة وكان ممن أمكن أن تجري بينه وبين المحكوم له معاملة فقد وقع الاشكال كما لو كان حيا لجواز أن يكون الحق على الذي مات (فصل) وإذا كتب بثبوت بينة أو إقرار بدين جاز وحكم به المكتوب إليه وأخذ المحكوم عليه

وان كان ذلك عينا كنقار محدود أو عينا مشهورة لا تشتبه بغيرها كعبد معروف مشهورا ودابة كذلك حكم المكتوب إليه أيضا والزم تسليمه إلى المحكوم له به، وإن كان عينا لا تتميز إلا بالصفة كعبد غير مشهور أو غيره من الاعيان التي لا تتميز إلا بالوصف ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل كتابه به وهو قول ابي حنيفة وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان الوصف لا يكفي بدليل انه لا يجوز أن يشهد لرجل بالوصف والتحلية كذلك المشهود به (والثاني) يجوز لانه يثبت في الذمة بالعقد على هذه الصفة فأشبه الدين ويخالف المشهود له فانه لا حاجة إلى ذلك فيه فان الشهادة له لا تثبت إلا بعد دعواه ولان المشهود عليه يثبت بالصفة والتحلية فكذلك المشهود به فعلى هذا الوجه ينفذ العين مختومة وان كان عبدا أو أمة ختم في عنقه وبعثه إلى القاضي الكاتب ليشهد الشاهدان على عينه فان شهدا عليه دفع إلى المشهود له به وان لم يشهدا على عينه وقالا: المشهود به غير هذا وجب على آخذه رده إلى صاحبه ويكون حكمه حكم المغصوب." (٢)

"(احدهما) له ذلك لانه تعذر عليه الوصول إلى المال في وقته اشبه ما لو كان حاضرا والمال غائبا يتعذر احضاره واداؤه في مدة قريبة كان لسيده الفسخ والمال ههنا اما معدوم واما غائب يتعذر اداؤه وفي

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ١١/٤١٥

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ١١/٤٧٦

كلا الحالتين يجوز الفسخ (والثاني) ليس له ذلك الا بحكم الحاكم لانه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث هل له مال أم لا؟ وليس كذلك إذا كان حاضرا فانه يطالبه فان ادى والا فقد عجز نفسه فان فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خلص المكاتب وادعى ان له مالا في وقت الفسخ يفي بما عليه واقام بذلك بينة بطل الفسخ ويحتمل ان لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه اداؤه لانه إذا كان متعذر الاداء كان **وجوده** **كعدمه** (فصل) (قال الشيخ رضي الله عنه وان جنى على سيده أو اجنبي فعليه فداء نفسه مقدما على الكتابة وقال أبو بكر يتحاصان) وجملة ذلك ان المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال تعلق ارشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والاوزاعي ومالك والحسن بن صالح والشافعي وابو ثور وقال عطاء والنخعي وعمرو بن دينار جنايته على سيده وقال عطاء ويرجع سيده بها عليه وقال الزهري

إذا قتل رجلا خطأ كانت كتابته وولاؤه لولي المقتول الا ان بفديه سيده ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (لا يجني جان الا على نفسه) ولانها جناية عبد فلم تجب في ذمة سيده كالقن." [1]

"

ولو حكم قبل هذا بالصحة حاكم لا يرى عزله قبل العلم فإن كان قد بلغه ذلك نفذ والحكم الناقض له مردود وإلا **وجوده كعدمه** والحاكم الثاني إذا لم يعلم بأن العزل قبل العلم أو علم ولم يره أو رآه ولم ير نقض الحكم المتقدم فحكمه كعدمه

وقبض الثمن من وكيله دليل بقاء وكالته وأنه قول أكثر العلماء ويتوجه خلاف ولا ينعزل مودع قبل علمه خلافا لأبي الخطاب فما بيده أمانة وأن مثله مضارب ومن قيل له اشتر كذا بيتا فقال نعم ثم قال لآخر نعم فقد عز نفسه فيكون له وللثاني ويبطل في طلاق زوجته بوطئه على الأصح وفيه بقبلة خلاف كرجعة وعتق عبد بتدبيره وكتابته ودلالة رجوعه (*) لا ببيعه فاسدا أو سكناه وله التوكيل إن جعله له وعنه مطلقا كما لا يباشره مثله أو يعجز عنه

وقيل في زائد عن عمله أو قيل له اصنع أو تصرف كيف شئت وفيه وجه ولعل ظاهر ما سبق يستنيب نائب في الحج لمرض (٥ ش) ويتعين أمين إلا مع تعيين موكل وإن منعه فلا وكذا حاكم ووصي ومضارب وولي في نكاح غير مجبر (*) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١)

تنبيهات

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ١٢/٤١٥

الأول قوله وتبطل في طلاق زوجته بوطئه على الأصح وفيه بقبلة خلاف كرجعة وعتق عبد بتدبيره وكتابته وكفالة رجوعه انتهى أحال المصنف الخلاف في القبلة في إبطال الوكالة على الخلاف في القبلة في حصول الرجعة بها والصحيح من المذهب عدم حصول الرجعة بها فكذا الصحيح من المذهب لا تبطل الوكالة في طلاقها بتقبيلها والذي يظهر أن قوله وعتق عبد بتدبيره إلى آخره معطوف على قوله كرجعة إذ الصحيح من المذهب بطلان الوكالة في العتق بالتدبير والكتابة وكذلك دلالة الحال على رجوعه وتقديره وتبطل الوكالة في طلاق زوجته بوطئه وعتق عبده بتدبيره يعني تبطل الوكالة في عتق عبده بتدبيره على الأصح كالوطء والله أعلم

الثاني قول المصنف هنا وله التوكيل إن جعله له وعنه مطلقا ثم قوله وكذا حاكم ووصي ومضارب وولي في نكاح في غير مجبر انتهى ظاهر ما قدمه أن الولي

١-

". (١)

"السلطان او نائبة

قال الإمام أحمد رحمه الله والقاضي أحب الى من الأمير في هذا وعنه او والي البلدة (((البلد))) وكبيره واختار هـ شيخنا وعنه أو من أسلمت على يده قال شيخنا تزويج الأيامى فرض كفاية (ع) فإن أباه حاكم الا بظلم كطلبه جعلا لا يستحقه صار **وجوده كعدمه** فقيل توكل من يزوجها وقيل لا تتزوج كلاهما لأصحاب الشافعي وأحمد والصحيح ما نقل عن أحمد وغيره يزوجها ذو السلطان في ذلك المكان كالعضل فإن تعذر ذلك وكلت وعنه ثم عدل

وولى الأمة حتى الآبقة سيدها ولو مكاتبا فاسقا وتجبر غير المكاتبة وفيها في مختصر ابن رزين وجه ويعتبر في معتق بعضها اذنها واذن مالك البقية كأمة لاثنين ويقول كل منهما زوجتكما (((زوجتكها))) ولا يبعضها قاله في (الفصول) والمذهب والترغيب لأنه لا يقبل التجزئة بخلاف البيع والإجازة (((والإجارة)))

ولا يلي مسلم نكاح كافرة غير أمته وأمة موليه إلا سلطان ولا كافر نكاح مسلمة غير نحو أم ولده وذكر ابن عقيل وبنته في ولاية فاسق ذكره ابن رزين

---

(١) الفروع، ٤/٢٦٥

ويلي كافر بشروط معتبرة في مسلم نكاح موليته الكافرة من كافر ومسلم وهل يباشر تزويج مسلم حيث زوجه أو مسلم بإذنه أو حاكم فيه أوجه (م ٩) وقيل لا يليه من مسلم

(تنبيه) قوله ولا يلى كافر نكاح مسلمة غير نحو أم ولده انتهى قطع بذلك وهو المذهب جزم به في الإيضاح والنظم والوجيز وغيرهم واختاره أبو الخطاب في خلافه وابن البنا في خصاله وقيل لا يلي نكاح ذلك ايضا اختاره الخرقي والشيخ الموفق والشارح وابن رزين وابن نصر الله في حواشيه وغيرهم وهو ظاهر ما قدمه في المقنع والمحرر فإنهما قالا يليه في وجه فدل أن المشهور خلافه ولم يذكر المصنف هذا القول مع قوته وأطلقهما في النهاية والمذهب والمستوعب والخلاصة والرعايتين والحاوى وغيرهم

(مسألة ٩) قوله ويلي كافر بشرط (((بشروط))) معتبرة في مسلم نكاح موليته الكافرة من كافر ومسلم وهل يباشر تزويج مسلم حيث زوجة او مسلم بإذنه أو حاكم فيه أوجه انتهى وأطلقها في المحرر والحاوي الصغير

." (١)

"وهذه الآداب من الأهمية بمكان، لأن بهذه الآداب تكتمل شخصية المسلم ويتميز عن غيره، ولذلك النبي - صلى الله عليه وسلم - قال ﴿ الإيمان بضع وسبعون شعبة، أعلاها لا إله إلا الله وأدناها إماطة الأذى عن الطريق ﴾ (١)، ومن العجيب أننا نرى بعض الناس يتهاونون في أداء السنن ويكادون يقتصرون على الواجبات، ورحم الله الإمام أحمد عندما كان في سكرات الموت، وكان عنده إنسان يوضئه، فلما غسل وجهه بدأ الإمام أحمد يشير إلى لحيته كأنه ينبه على أنه ترك تخليل اللحية، مما يدل على شدة تمسكهم بالسنة، فعلى هذا يحسن القراءة في باب الآداب وتطبيق هذه الآداب، لأنها من مكملات الدين ومحسناته ومجملاته مع هذه الآداب فيها شيء يصل إلى حد الوجوب.

س٣٤: ما شروط الاستجمار بالأحجار ونحوها ؟

ج/ شروط الاستجمار بالأحجار ونحوها هي:

أولا: أن تكون هذه الأحجار طاهرة لا نجسة ولا متنجسة (والفرق بين النجس والمتنجس: أن النجس نجس بعينه كالروث، والمتنجس نجس بغيره أي طرأت عليه النجاسة كالورق المتنجس) والدليل على ذلك حديث ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه جاء إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - بحجرين فأخذ النبي

---

(١) الفروع، ١٣٥/٥

- صلى الله عليه وسلم - الحجرين وألقى الروثة وقال ﴿ هذا ركس(٢) ﴾ ، والركس: النجس.
وكون النبي - صلى الله عليه وسلم - يأخذ الحجرين ويلقي الروثة يدل على أن ذلك نجس وأنه لا يجزيء.
ثانيا: منق ، أي منظف، فإذا كان لا ينظف فإنه لا يجزئ، لأن **وجوده كعدمه**، والذي لا ينق إما لا ينق لملامسته، كأن يكون أملس جدا، أو لرطوبته كحجر رطب، أو كان المحل قد نشف لأن الحجر قد يكون صالحا للإنقاء لكن المحل غير صالح للإنقاء.

---

(١) رواه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه -.
(٢) رواه البخاري.." [1]

"خامسا: أن لا يكون بعظم ولا بروث، بدليل قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث سلمان - رضي الله عنه - ﴿ وأن لا نستنجي بعظم ولا روث(١) ﴾ ، وورد هذا أيضا من حديث ابن مسعود(٢) ، وأبي هريرة - رضي الله عنه - أنه جمع للنبي - صلى الله عليه وسلم - أحجارا وأتى بها بثوبه فوضعها عنده ثم انصرف(٣)، وحديث رويفع(٤)، ولو خالف وفعل فقد فعل محرما وهو آثم يخشى عليه من العقوبة.
س٣٥: هل يجزئ إذا استجمر بعظام أو روث ؟
ج/ الأظهر أنه لا يجزئ **ووجوده كعدمه** كأنه لم يستجمر وهذا هو قول المذهب.
س٣٦: لماذا نهي عن الاستجمار بالعظام والروث ؟
ج/ أما بالنسبة للعظام إذا كان العظم عظم مذكاة فقد بين النبي - صلى الله عليه وسلم - أن هذا العظم يكون طعاما لإخواننا الجن كما قال - صلى الله عليه وسلم - للجن ﴿ لكم كل عظم ذكر اسم الله عليه، تجدونه أوفر ما يكون لحما(٥) ﴾ .
ولما سألوه عن علف بهائمهم كما في الحديث نفسه قال ﴿ لكم كل بعرة تكون علفا لبهائمكم ﴾ .
سادسا: أن لا يكون الاستجمار بطعام الآدميين وطعام بهائم الآدميين، كالعلف والبرسيم ونحو ذلك، والدليل على ذلك لما نهى عن الاستجمار بطعام الجن وطعام بهائمهم فطعام الآدميين وطعام بهائمهم من باب أولى، لأن الإنس أفضل.
سابعا: ألا يكون الاستجمار بمحترم، مثل كتب العلم الشرعي. والظاهر أن هذه الكتب حتى ولو كتبت

---

(١) القول الراجح مع الدليل من شرح منار السبيل. الصقعبي، ص/١٢

بغير العربية مادام أن موضوعها محترم.

س٣٧: ما ضابط الاستجمار المجزئ وما ضابط الاستنجاء بالماء ؟

---

(١) رواه مسلم.

(٢) رواه البخاري.

(٣) رواه البخاري.

(٤) رواه أبو داود والطبري وفيه شيبان القتبائي وهو مجهول ورواه أحمد وفيه أبن لهيعة وقد اختلط.

(٥) رواه مسلم من حديث ابن مسعود - رضي الله عنه - .." [1]

"* وقال في المحرم الذي وقصته راحلته ﴿ اغسلوه بماء وسدر ﴾ (١)، وهذا أمر والأصل في الأمر أنه للوجوب.

س٢٠٨: وهل السقط يغسل أم لا ؟

ج/ فيه تفصيل:

* إن نفخت فيه الروح غسل وصلي عليه، وكفن.

* وإن لم ينفخ فيه الروح فلا يغسل.

وتنفخ فيه الروح إذا تم أربعة أشهر، لحديث عبدالله بن مسعود في الصحيحين(٢).

س٢٠٩: ما شروط الغسل ؟

ج/ شروط الغسل هي:

أولا: انقطاع ما يوجبه، فعلى هذا لو اغتسلت المرأة للحيض وهي لا تزال حائضا فإن هذا الغسل **وجوده كعدمه**، فلابد من انقطاع دم الحيض حتى يصح الغسل، وكذلك النفساء.

ثانيا: النية، فمن شروط الغسل النية، فلو أن إنسانا كان عليه جنابة ثم اغتسل تنظفا فإن ذلك لايجزؤه عن الغسل الواجب فلابد من نية رفع الحدث.

س٢١٠: إذا اغتسل الإنسان عن الحدث الأكبر هل يجزئه عن الوضوء ؟

ج/ هنا نقول على حسب نيته، والنية لها أربع حالات:

١- أن ينوي رفع الحدثين جميعا فيرتفعان، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - ﴿ إنما الأعمال بالنيات

---

(١) القول الراجح مع الدليل من شرح منار السبيل. الصقعبي، ص/١٤

﴾ (٣).
٢- أن ينوي رفع الحدث الأكبر فقط دون الأصغر، فالراجح هنا أنه يرتفع الحدثان جميعا، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى(٤).
٣- أن ينوي ما لا يباح إلا بالوضوء أو باعتبار الحدثين جميعا كالصلاة، فإذا نوى الغسل للصلاة ولم ينو رفع الحدث ارتفع عنه الحدثان، لأن من لازم نية الصلاة أن يرتفع الحدثان، والصلاة لا تصح إلا بارتفاع الحدثين.

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس - رضي الله عنه -.
(٢) في الحديث(إن أحدكم ليجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الله إليه الملك فينفخ فيه الروح..).
(٣) متفق عليه.
(٤) الفروع لابن مفلح ١/٢٠٥.." [١]

"يعطي فلا يكون قمارا فإن سبق من أخرج أحرز سبقه ولم يأخذ من صاحبه شيئا وإن سبق الآخر أحرز الجعل لأنه سابق وإن جاءا معا فالجعل لصاحبه لأنه لا سبق فيها وإن أخرجا معا لم يجز لأنه يكون قمارا لأنه ليس فيهما إلا من يأخذ إذا سبق ويعطي إذا سبق إلا أن يدخلا معهما ثالثا يساوي فرسه فرسيهما لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار رواه أبو داود ولأنه مع وجود المحلل المكافئ فيهم من يأخذ ولا يعطي فيخالف القمار فإن كان لا يكافئهما **فوجوده كعدمه** لأنه معلوم أنه لا يأخذ شيئا وسواء كان المحلل واحدا أو أكثر والمسابقة بين اثنين أو حزبين لأن الغرض الخروج من القمار وقد حصل على أي صفة كان فإذا تسابقوا فجاؤا معا أو جاء المستبقان معا قبل المحلل أحرز كل واحد منهما سبقه ولا شيء للمحلل لأنه لم يسبق ولم يسبق أحدهما صاحبه وإن سبقهما المحلل أخذ سبقيهما لأنه سبقهما وإن سبق أحد المستبقين وحده أحرز السبقين لسبقه ولم يأخذ من المحلل شيئا وإن سبق أحدهما مع المحلل أحرز المستبق سبق نفسه لأنه غير مسبوق وكان سبق الآخر بينه وبين المحلل نصفين لاشتراكهما في سبقه

---

(١) القول الراجح مع الدليل من شرح منار السبيل. الصقعبي، ص/٩٧

"(١) .

"الموضوع لها فانعقدت به كلفظ النكاح فيه ويحتمل أن يشترط أن يقول إذا أديت إلي فأنت حر لأنه إعتاق معلق على شرط فاعتبر ذكره والأول أولى فصل

ولا تصح إلا من جائز التصرف مسلما كان أو كافرا لأنها تصرف في المال فأشبهت البيع فأما المميز من الصبيان فيصح أن يكاتب عبده بإذن وليه ولا يصح بغير إذنه كما في بيعه ويحتمل أن لا تصح بحال لأنه إعتاق وإن كاتب السيد عبده المميز صح لأن إيجاب سيده له للكتابة إذن منه في قبولها وإن كاتب عبده المجنون أو الطفل فهو عقد باطل **وجوده كعدمه** إلا أن القاضي قال يعتق بأداء لأن الكتابة تعليق الحرية بالأداء فإذا بطلت الكتابة كان عتقهما بحكم الصفة المحضة وقال أبو بكر لا يعتق لأن الكتابة ليست بصفة ولا يعتبر ذلك الصفة فيها بحال فصل

ولا تصح إلا على عوض لأنها عقد معاوضة فأشبه البيع ومن شرطه أن يكون مؤجلا لأن جعله حالا يفضي إلى العجز عن أدائه وفسخ العقد بذلك فيفوت المقصود وأن يكون منجما نجمين فصاعدا في قول أبي بكر وظاهر كلام الخرقي لأن عليا قال الكتابة على نجمين والايتاء من الثاني

"(٢) .

"انعقد بشهادته لأنه من أهل الشهادة فأشبه الحلال وتكره له الشهادة والخطبة للخبر في الخطبة والشهادة في معناها لأنها معونة على النكاح & باب الشروط في النكاح &

وهي قسمان صحيح وفاسد فالصحيح نوعان أحدهما شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه وتمكينه من استمتاعها فهذا لا يؤثر في العقد **ووجوده كعدمه** والثاني شرط ما تنتفع به المرأة كزيادة على مهرها معلومة أو نقد معين أو أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى أو لا يسافر بها ولا ينقلها عن دارها ولا بلدها فهذا صحيح يلزم الوفاء به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج متفق عليه وروي أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل إذا يطلقننا فقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط ولأنه شرط لها فيه نفع

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣٤٠/٢

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ٥٩٧/٢

ومقصود لا ينافي مقصود النكاح فصح كالزيادة في المهر فإن لم يف به فلها فسخ النكاح لأنه شرط لازم في عقد فثبت حق الفسخ بفواته كشرط الرهن في البيع

". (١)

"لأنه يملك ابتداء نكاحها فملك اختيارها كالحرة ولو أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار منهن لأن وقت الاختيار حين اجتماعهن على الإسلام فاعتبر حاله حينئذ وإن أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر لم يكن له الاختيار منهن كذلك فإن أسلمت معه واحدة فله اختيارها وله انتظار الباقيات لأن له غرضا صحيحا فيه فإن اختار الأولى ثبت نكاحها وانقطعت عصمة البواقي منذ اختلف دينهن وان اختار فسخ نكاح المسلمة لم يكن له ذلك لأن الفسخ إنما يكون في الفضل عمن يثبت نكاحها ولا فضل فإن فسخ ولم تسلم البواقي لزمه نكاحها وبطل الفسخ وان أسلمن فله اختيار واحدة فإن اختار التي فسخ نكاحها ففيه وجهان أحدهما له ذلك لأن الفسخ كان قبل وقته **فوجوده كعدمه** والثاني ليس له ذلك لأننا إنما منعنا الفسخ فيها لكونها غير فاضلة وبإسلام غيرها صارت فاضلة فصح فسخ نكاحها فصل

وإن أسلم وتحته حرة وأمة فأسلمتا في عدتهما ثبت نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة لأنه لا يجوز له ابتداء نكاح أمة وتحته حرة وإن لم تسلم الحرة في عدتها ثبت له نكاح الأمة إن كان ممن له نكاح الإماء وإن أسلمتا في العدة ثم ماتت الحرة أو عتقت الأمة لم يكن له إمساك الأمة لأن

". (٢)

" فصل

ومن نكاحها باطل بالاجماع كذات الزوج والمعتدة حكمها حكم الأجنبية في وجوب الصداق إن كان الوطء بشبهة أو إكراه وسقوطه إن كانت مطاوعة عالمة بالتحريم لأنه باطل بالإجماع فكان **وجوده كعدمه** & باب الوليمة &

وهي الإطعام في العرس وهي مستحبة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن بن عوف حين تزوج أولم ولو بشاة متفق عليه وليست واجبة لأنها طعام لسرور حادث فأشبه سائر الأطعمة

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٥٥/٣

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ٧٩/٣

ويستحب أن يولم بشاة للخبر وإن أولم بغيرها أصاب السنة لما روى أنس قال ما أولم رسول الله صلى الله عليه وسلم على شيء من نسائه ما أولم على زينب أولم بشاة متفق عليه فصل

وإجابة الداعي إليها واجبة لما روى ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دعي أحدكم إلى الوليمة فليأتها وقال أبو هريرة ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله رواهما البخاري وإن كان الداعي ذميا لم تجب إجابته لأن الإجابة للمسلم للإكرام والموالاة ولا يجب ذلك للذمي وتجوز إجابته لما روى أنس أن يهوديا دعا النبي صلى الله عليه وسلم إلى خبز شعير وإهالة سنخة

". (١)

"أبيه من بعده أن أضرب عنقه وآخذ ماله قال الترمذي هذا حديث حسن روى ابن ماجه بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم فاقتلوه فصل فإن ملك من يحرم عليه بالرضاع كأمه وأخته فوطئها ففيه وجهان أحدهما عليه الحد لأنها لا تستباح بحال فأشبهت المحرمة بالنسب والثاني لا حد عليه لأنها مملوكته فأشبهت مكاتبته بخلاف ذات محرمه من النسب فإنه لا يثبت ملكه عليها ولا يصح عقد تزويجها فصل وإن استأجر أمة ليزني بها أو لغير ذلك فزنى بها فعليه الحد لأنه لاتصح إجارتها للزنى **فوجوده كعدمه** ولا تأثير لعقد الإجارة على المنافع في إباحة الوطء فكان كالمعدوم ومن وطئ جارية غيره أو زوجته بإذنه فهو زان عليه الحد لأنه لا يستباح بالإباحة والبذل سواء كانت جارية أبيه أو أمه أو أخته أو غيرهم إلا جارية ابنه لما ذكرنا وذكر ابن أبي موسى قولا في الابن يطأ جارية أبيه لا حد عليه لأنه لا يقطع بسبقة ماله فلا يلزمه حد بوطء جاريته كالأب وجارية زوجتة إذا أذنت له في وطئها فإنه يجلد ولا يرجم بكرا كان أو ثيبا ولا تغريب عليه لما روى

". (٢)

"النور ٤ ولان أبا بكرة ونافعا وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بن شعبة ولم يكمل زياد شهادته فحد عمر الثلاثة بمحضر من الصحابة فكان ذلك إجماعا وكذلك إن لم يكمل الرابع شهادته فعليهم الحد كذلك وإن شهد ثلاثة زوج المرأة حد الثلاثة لأن الزوج غير مقبول الشهادة على زوجته بالزنى لإقراره على

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ١١٦/٣

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ٢٠٣/٤

نفسه بعداوتها لجنايتها عليه بإفساد فراشه وإدخال العار عليه وعلى الزوج الحد إلا أن يسقطه عنه بلعانه وإن شهد أربعة فبانوا فساقا أو عبيدا أو عميانا أو بعضهما ففيهم ثلاث روايات إحداهن عليهم الحد لأن شهادتهم بالزنى لم تكمل فلزمهم الحد كما لو شهد ثلاثة والثانية لا حد عليهم لقوله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ النور ٤ وهؤلاء أربعة ولأنهم أحرزوا ظهورهم بكمال عددهم فأبه ما لو شهد أربعة بزناها فتشهد ثقات أنها عذراء والثانية لأن الأعمى يشهد بما لم يره يقينا فيكون شاهد زور يقينا وغيرهم بخلاف ذلك وإن كان فيهم صبي أو مجنون أنو من لا يقبل شهادته فكذلك ولأولى أصح لأن من لا شهادة له **وجوده كعدمه** فأشبه نقص العدد ولو شهد ثلاثة رجال وامرأتان حد الجميع لأن شهادة النساء في هذا الباب وجودها كعدمها

" (١) .

"صبيانكم ولأنها حال كمال والصبي ليس من أهلها

أشبه المرأة بل آكد

لأنه نقص يمنع التكليف وصحة الإقرار

والإمام ضامن

وليس هو من أهل الضمان

ولأنه لا يؤمن منه الإخلال بالقراءة حال السر (وتصح) إمامة المميز للبالغ (في نفل) ككسوف وتراويح (و) تصح إمامة مميز (بمثله) لأنه متنفل يؤم متنفلا (ولا) تصح (إمامة محدث) يعلم ذلك (ولا) إمامة (نجس يعلم ذلك) لأنه أخل بشرط الصلاة مع القدرة

أشبه المتلاعب لكونه لا صلاة له في نفسه

فيعيد من صلى خلفه (ولو جهله) أي الحدث أو النجس (مأموم فقط) أي وحده وعلمه الإمام فيعيدون كلهم

ولا فرق بين الحدث الأكبر والأصغر

ولا بين نجاسة الثوب والبدن والبقعة (فإن جهله) أي الحدث أو النجس (هو) أي الإمام (والمأمومون كلهم حتى قضوا الصلاة

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٤/ ٢٢٧

صحت صلاة مأموم وحده) أي دون الإمام

لما روى البراء بن عازب أنه صلى الله عليه وسلم قال إذا صلى الجنب بالقوم أعاد صلاته وتمت للقوم صلاتهم رواه محمد بن الحسين الحراني ولما روي أن عمر صلى بالناس الصبح ثم خرج إلى الجرف فأهراق الماء فوجد في ثوبه احتلاما فأعاد الصلاة ولم يعد الناس وروي مثل ذلك عن عثمان وابن عمر وعن علي

قال إذا صلى الجنب بالقوم فأتم بهم الصلاة آمره أن يغتسل ويعيد ولا آمرهم أن يعيدوا رواهما الأثرم

وهذا في محل الشهرة

ولم ينكر فكان إجماعا ولأن الحدث مما يخفى

ولا سبيل إلى المعرفة من الإمام للمأموم

فكان معذورا في الاقتداء به (إلا في الجمعة إذا كانوا أربعين بالإمام فإنها لا تصح) إذا كان الإمام محدثا أو نجسا (وكذا لو كان أحد المأمومين محدثا) أو نجسا (فيها) أي الجمعة وهم أربعون فقط

فيعيد الكل لفقد العدد المعتبر في الجمعة لأن المحدث أو النجس **وجوده كعدمه** فإن كانوا أربعين غير المحدث أو النجس فالإعادة عليه وحده (وتقدم حكم الصلاة بالنجاسة جاهلا) أو ناسيا في باب اجتناب النجاسة (ولا) تصح (إمامة أمي نسبة إلى الأم) كأنه على الحالة التي ولدته أمه عليها

وقيل إلى أمة العرب وهو لغة من لا يكتب

ومن ذلك وصف النبي صلى الله عليه وسلم بالأمي (بقارىء) مضت السنة على ذلك قاله الزهري

لأن القراءة ركن مقصود في الصلاة

فلم يصح اقتداء القادر عليه بالعاجز عنه كالطهارة والسترة

وهو يتحملها عن المأموم

وليس هو من أهل التحمل (والأمي) اصطلاحا (من لا يحسن الفاتحة) أي لا يحفظها (أو يدغم منها حرفا لا يدغم) أي في غير مثله وغير ما يقاربه في المخرج (وهو

". (١)

"المراد به الاحتراس بحفظ المال

---

(١) كشاف القناع، ١/٤٨٠

كغلق الباب خوف السراق

هذا معنى كلام القاضي ونرجو للمحسن ونخاف على المسيء (ولا نشهد) بجنة أو نار (إلا لمن شهد له النبي صلى الله عليه وسلم) قال الشيخ تقي الدين أو اتفقت الأمة على الثناء أو الإساءة عليه

قال في الفروع ولعل مراده الأكثر وأنه الأكثر ديانة وظاهر كلامه ولو لم تكن أفعال الميت موافقة لقولهم وإلا لم تكن علامة مستقلة اه

ومن جهل إسلامه ووجد عليه علامة المسلمين وجب غسله والصلاة عليه

لو كان أقلف بدارنا لا بدار حرب ولا نص على ذلك

ونقل عن ابن سعيد يستدل بثياب وختان

فصل في الكفن وتقدم أن تكفينه فرض كفاية لقوله صلى الله عليه وسلم في المحرم كفنوه في ثوبيه

(يجب كفن الميت) في ماله لما تقدم من الخبر ولأن حاجة الميت مقدمة في ماله على ورثته بدليل قضاء دينه (و) تجب (مؤنة تجهيزه) أي الميت بمعروف قياسا على الكفن

(غير حنوط وطيب) كما ورد وعود للكفن

فإنه مستحب غير واجب

كحال الحياة (ويأتي) ذلك وقوله (في ما له) أي الميت متعلق بيجب

لما تقدم (لحق الله تعالى وحق الميت) فلا يسقط لو أوصى أن لا يكفن لما فيه من حق الله (ذكرا كان) الميت (أو أنثى) أو خنثى صغيرا كان أو كبيرا حرا كان أو عبدا (ثوب) بدل من كفن أو خبر لمحذوف تقديره والواجب ثوب (واحد يستر جميع البدن) لأن العورة المغلظة يجزىء في سترها ثوب واحد

فكفن الميت أولى (فلو أوصى بأقل منه) أي مما يستر جميع البدن (لم تسمع وصيته) لتضمنها إسقاط حق الله تعالى

(ويشترط أن لا يصف البشرة) لأن ما يصفها غير ساتر **فوجوده كعدمه** (ويجب) أن يكفن في (ملبوس مثله في الجمع والأعياد) لأمر الشارع بتحسينه

رواه أحمد ومسلم

(ما لم يوص بدونه) فتتبع وصيته لإسقاطه حقه مما زاد (مقدما هو) أي الكفن (ومؤنة تجهيزه على دين ولو برهن وأرش جناية) ولو كانت متعلقة برقبة الجاني

(ووصية وميراث وغيرهما) لأن المفلس يقدم بالكسوة على الدين فكذا الميت وإذا قدم على الدين فعلى غيره أولى

(ولا ينتقل إلى الوارث من مال الميت إلا ما

". (١)

"من التصرف

فوجب سقوط الزكاة مع **وجوده كعدمه** (وإن تلف البعض) من الزرع أو الثمر قبل الاستقرار (زكى) المالك (الباقي إن كان نصابا) لوجود الشرط (وإلا) أي وإن لم يكن الباقي نصابا (فلا) زكاة فيه

قدمه في الفروع

وقال في شرح المنتهى في الأصح

لقوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة

وهذا يعم حالة الوجوب ولزوم الأداء اه

وقال في المبدع قاله القاضي

والمذهب إن كان التلف قبل الوجوب فهو كما قال القاضي وإن كان بعده وجب في الباقي بقدره مطلقا وهو أحد وجهين ذكرهما ابن تميم وصححه الموفق

(وإن تلفت) الزروع أو الثمار (بعد الاستقرار) أي الوضع في الجرين ونحوه (لم تسقط) زكاتها كتلف النصاب بعد الحول وكذا لو أتلفها أو تلفت بتفريطه بعد الوجوب ولو قبل الاستقرار

فإنه يضمن نصيب الفقراء

صرح به في الكافي والشرح

لأنه متعد أو مفرط

(وإن ادعى) رب الزروع أو الثمار (تلفها) بغير تفريط (قبل قوله بغير يمين) نص عليه لأنه خالص حق الله

---

(١) كشاف القناع، ١٠٣/٢

فلا يستحلف عليه كالصلاة (ولو اتهم) في دعواه التلف (إلا أن يدعيه) أي التلف (بجائحة ظاهرة تظهر عادة) كحريق وجراد (فلا بد من بينة) تشهد بوجود ذلك الظاهر (ثم يصدق) المالك (في قدر التالف) من المال المزكي بلا يمين

(ويجب إخراج زكاة الحب مصفى) من قشره وتبنه (والثمر يابسا) لحديث عتاب بن أسيد أنه صلى الله عليه وسلم أمر أن يخرص العنب زبيبا كما يخرص النخل وتؤخذ زكاته زبيبا كما تؤخذ زكاة النخل تمرا

ولا يسمى زبيبا وتمرا حقيقة إلا اليابس

وقيس عليهما الباقي

ولأن ذلك حالة كماله ونهاية صفات ادخاره

ووقت لزوم الإخراج منه

(فلو خالف وأخرج سنبلا ورطبا وعنبا لم يجزئه) إخراجه (ووقع نفلا) إن كان الإخراج للفقراء

(فلو كان الآخذ) لذلك (الساعي فإن جففه) أي الرطب والعنب (وصفاه) أي السنبل (وجاء قدر الواجب) في الزكاة (أجزأ) المالك

(وإلا) بأن زاد على الواجب أو نقص عنه

(رد) الساعي (الفضل) لمالكه لبقائه في ملكه

(وإن زاد) ما كان دفعه (وأخذ) الساعي من المالك (النقص) أي ما بقي من الواجب

(إن نقص) المخرج عنه (وإن كان) المخرج (بحاله) بيد الساعي لم يجففه ولم يصفه

(رده) لمالكه لفساد القبض

ويطالبه بالواجب (وإن

." (١)

"(والمرأة لا ترقى) الصفا ولا المروة

(ولا تسعى) بين الميلين سعيا (شديدا) لقول ابن عمر ليس على النساء رمل بالبيت ولا بين الصفا والمروة

---

(١) كشاف القناع، ٢١٢/٢

وقال لا تصعد المرأة فوق الصفا والمروة ولا ترفع صوتها بالتلبية رواه الدارقطني

ولأن المطلوب منها الستر

وفي ذلك تعرض للانكشاف

والقصد بشدة السعي إظهار الجلد

وليس ذلك مطلوبا في حقها

(وإن سعى على غير طهارة) بأن سعى محدثا أو نجسا (كره) له ذلك

وأجزأه لأنه عبادة لا تتعلق بالبيت أشبه الوقوف

(ويشترط تقدم الطواف عليه

ولو)كان الطواف الذي تقدم عليه

(مسنونا

كطواف القدوم) لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما سعى بعد الطواف

وقال لتأخذوا عني مناسككم (فإن سعى بعد طوافه) الواجب أو المسنون (ثم علم أنه طاف غير متطهر

لم يجزئه السعي) لبطلان الطواف الذي تقدمه

فوجوده كعدمه (وله) أي للساعي (تأخيره) أي السعي (عن طوافه بطواف أو غيره فلا تجب الموالاة بينهما) أي بين الطواف والسعي (فلا بأس أن يطوف أول النهار

ويسعى آخره) أو بعد ذلك

لكن تسن الموالاة بينهما (ولا تسن عقبه) أي السعي (صلاة) لعدم الورود (وإن سعى) المفرد أو القارن (مع طواف القدوم لم يعده) أي السعي (مع طواف الزيارة) لأنه لم يشرع تكراره

(وإلا) أي وإن لم يكن سعي مع طواف القدوم أو كان متمتعا (سعى متمتعا بلا هدي) أي ليس معه هدي (حلق أو قصر من جميع شعره

وقد حل

ولو كان ملبدا رأسه

فيستبيح جميع محظورات الإحرام والأفضل هنا التقصير ليتوفر الحلق للحج

ولا يسن تأخير التحلل) لحديث ابن عمر قال تمتع الناس مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة إلى الحج

فلما قدم صلى الله عليه وسلم مكة قال من كان معه هدي فإنه لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجه

ومن لم يكن معه هدي فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحلل متفق عليه

فإن ترك التقصير والحلق فعليه دم

فإن وطىء قبله فعمرته صحيحة وعليه دم روي عن ابن عباس

ذكره في الشرح

(وإن كان معه) أي المتمتع هدي (أدخل الحج على العمرة) ويصير قارنا

وتقدم

(وليس له أن يحل

ولا) أن (يحلق حتى يحج فيحرم به) أي بالحج (بعد طوافه وسعيه لعمرته كما يأتي

". (١)

"المتبايعين) العاقد (الآخر بسبب العقد) متعلق بإلزام (ما) أي شيئا (له) أي للملزم (فيه منفعة) أي غرض صحيح (ويعتبر لترتب الحكم عليه) أي على الشرط (مقارنته للعقد

قاله في الانتصار) وقال في الفروع يتوجه كنكاح

ويأتي أن زمن الخيارين كحال العقد

(وهي) أي الشروط في البيع (ضربان

الأول صحيح لازم) ليس لمن اشترط عليه فكه (وهو ثلاثة أنواع أحدها شرط مقتضى عقد البيع) بأن يشترط شيئا يطلبه البائع بحكم الشرع

(كالتقابض وحلول الثمن وتصرف كل واحد منهما) أي من المتبايعين (فيما يصير إليه) من ثمن أو مثمن (ونحوه) كرد بعيب قديم (فلا يؤثر ذكره) أي ذكر هذا النوع وهو ما يقتضيه العقد (فيه) أي في العقد **فوجوده كعدمه** لأنه بيان وتأكد لمقتضى العقد

---

(١) كشاف القناع، ٤٨٨/٢

النوع (الثاني) من الشروط الصحيحة (شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو بعضه أو) أي مصلحة تعود على المشترط (رهن معين) بالثمن أو بعضه (ولو) كان الراهن (المبيع) فيصح اشتراط رهن المبيع على ثمنه

فلو قال بعتك هذا على أن ترهنه على ثمنه فقال اشتريت ورهنتك

صح الشراء والرهن

(أو) اشتراط (ضمين معين به) أي بالثمن أو ببعضه (وليس له) أي البائع (طلبهما) أي طلب الرهن والضمين (بعد العقد) إن لم يكن اشترطهما فيه

ولو (لمصلحة) لأنه إلزام للمشتري بما لم يلزمه

(أو اشتراط) المشتري (صفة في البيع ككون العبد كاتبا) أو فحلا (أو خصيا أو ذا صنعة بعينها أو مسلما أو الأمة (تحيض أو) اشتراط (الدابة هملاجة) بكسر الهاء

والهملجة مشية سهلة في سرعة (أو) اشتراط الدابة (لبونا) أي ذات لبن (أو غزيرة اللبن أو الفهد صيودا أو الطير مصوتا أو يبيض أو يجيء من مسافة معلومة أو الأرض خراجها كذا

فيصح) الشرط في كل ما ذكر (لازما) لأن الرغبات تختلف باختلاف ذلك

فلو لم يصح اشتراط ذلك لفاتت الحكمة التي لأجلها شرع البيع

يؤيده قول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم (فإن وفى به) بأن حصل لمن اشترط شرطه

لزم البيع (وإلا) بأن لم يحصل له شرطه (فله الفسخ) لفوات الشرط لما تقدم

لكن إذا شرط الأمة تحيض فلم تحض

قال ابن شهاب فإن كانت صغيرة فليس بعيب لأنه يرجى زواله بخلاف الكبيرة (أو أرش فقد الصفة) يعني أن من

". (١)

"ليس له حبس المبيع على ثمنه كما تقدم

---

(١) كشاف القناع، ١٨٩/٣

(ولو كان) المبيع (غير معين) بأن كان مشاعا كنصف عبد ودار (والثمن الذي ليس في الذمة كمثمن) في كل ما سبق من أحكام التلف وجواز القبض بغير إذن المشتري

(وما في الذمة) من ثمن ومثمن إذا تلف (له أخذ بدله لاستقراره) فلا ينفسخ العقد بتلفه ولو مكيلا ونحوه لأن المعقود عليه في الذمة لا عين التالف

(وحكم كل عوض ملك بعقد) موصوف بأنه (ينفسخ بهلاكه) أي العوض (قبل قبضه كأجرة معينة وعوض معين في صلح بمعنى بيع) بأن أقر له بدين أو عين وصالحه عن ذلك بعوض معين

(ونحوهما) كعوض هبة معين (حكم عوض في بيع) خبر قوله وحكم كل عوض (في جواز التصرف) إن كان مما لا يحتاج لحق توفية ونحوه (ومنعه) أي التصرف إن كان كذلك بغير عتق وجعله مهرا ونحوه (وكذا) حكم (ما) أي عوض (لا ينفسخ) العقد (بهلاكه قبل قبضه كعوض طلاق و) عوض (خلع و) عوض (عتق على مال ومهر ومصالح به عن دم عمد وأرش جناية وقيمة متلف ونحوه) فلا يجوز التصرف فيه بغير نحو عتق قبل قبضه إن احتاج لحق توفية والإجاز

(لكن يجب) على من تلف ذلك بيده قبل إقباضه (ب) سبب (تلفه مثله) إن كان مثليا (أو قيمته) إن كان متقوما لأنه من ضمانه حتى يقبضه مستحقه إلحاقا له بالبيع

(وإلا فسخ) بتلف ذلك قبل قبضه (وإن تعين ملكه) أي ملك إنسان (في موروث أو وصية أو غنيمة لم يعتبر) لصحة تصرفه فيه (قبضة وله التصرف فيه قبله) أي القبض (لعدم ضمانه بعقد معاوضة) فملكه عليه تام لا يتوهم غرر الفسخ فيه

(كمبيع وكوديعة ومال شركة وعارية) لما تقدم (وما قبضه شرط لصحة عقده كصرف وسلم) وربوي بربوي (لا يصح تصرف) من صار إليه أحد العوضين (فيه قبل قبضه) لأنه لم يتم الملك فيه أشبه التصرف في ملك غيره

(ويحرم تعاطيهما عقدا فاسدا من) بيع أو غيره (فلا يملك) المبيع ونحوه (به) أي بالعقد الفاسد لأن **وجوده كعدمه**

(ولا ينفذ تصرفه) في المعقود عليه عقدا فاسدا لعدم ملكه غير العتق

ويأتي في الطلاق

(ويضمنه) القابض (و) يضمن (زيادته بقيمته) إن كان متقوما وإلا فبمثله (كمغصوب)

ويضمن أجرة مثله ونقصه ونحوه كما تقدم

و (لا) يضمنه (بالثمن) لعدم انتقال الملك فيه

". (١)

"(مضمونا

لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد) جزم به في المغني وغيره

قال في القواعد الفقهية والمنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحسين بن هارون أنه لا يضمنه بحال

ذكره القاضي في الخلاف لأن الشرط فسد فيصير **وجوده كعدمه**

(وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان) فالمبيع بعقد صحيح مضمون

فكذا المقبوض ببيع فاسد كما سبق

فصل (وإذا اختلفا) أي الراهن والمرتهن (في قدر الدين الذي به الرهن نحو أن يقول الراهن رهنتك عبدي هذا بألف

فقال المرتهن بل بألفين) فقول راهن بيمينه سواء اتفقا على أن الدين ألفان (أو) اختلفا (في قدر الرهن نحو أن يقول) الراهن (رهنتك هذا

فقال المرتهن وهذا أيضا

فقول راهن بيمينه أو) اختلفا في (رده) أي رد الرهن بأن قال المرتهن رددته إليك

وأنكر الراهن فقول بيمينه

وتقدم (أو قال) الراهن (رهنتك ب) الدين (المؤجل من الألفين

فقال) المرتهن (بل) رهنتنيه (بالحال) منهما

فقول الراهن بيمينه (أو قال) الراهن رهنتكه (ببعض الدين) أي بنصفه أو ربعه ونحوه (فقال المرتهن بل بكله) أي الدين

فقول الراهن بيمينه (أو قال) الراهن (أقبضتك عصيرا في عقد شرط فيه رهنه) بأن باعه بشرط أن يرهنه هذا العصير وأقبضه إياه ثم وجده خمرا

---

(١) كشاف القناع، ٢٤٥/٣

فقال الراهن أقبضتكه عصيرا أو تخمر عندك فلا فسخ لك لأني وفيت بالشرط

(فقال) المرتهن (بل) أقبضتنيه (خمرا) فلي الفسخ لعدم الوفاء بالشرط

فقول راهن (أو اختلفا في عين الرهن نحو رهنتك هذا) العبد (فقال المرتهن بل هذا) العبد (فقول الراهن مع يمينه) لأنه منكر والأصل عدم ما أنكره

ولأن القول قوله في أصل العقد

فكذلك في صفته

(وإن اختلفا) أي الراهن والمرتهن (في تلف العين) المرهونة (أو) اختلفا (في قيمتها حيث لزمت) القيمة (المرتهن) لتلف العين المرهونة بتعديه أو تفريطه (فقوله) أي قول المرتهن بيمينه

أما في تلف العين فلأنه أمين وأما في قيمتها حيث لزمته فلأنه غارم

(وإن أبرأه) أي الراهن (المرتهن من أحد الدينين) اللذين له عليه (واختلفا في تعيينه) أي الدين المبرأ منه (فقول مرتهن) وهو المبرىء

." (١)

"

وهو أن يصيح به في وقت سباقه) لقوله صلى الله عليه وسلم لا جلب ولا جنب في الرهان رواه أبو داود وغيره بإسناد حسن عن عمران بن الحصين

والجلب بفتح الجيم واللام هو الزجر للفرس والصياح عليه حثا له على الجري

فصل في المناضلة من النضل يقال ناضله نضالا

ومناضلة

وسمي الرمي نضالا لأن السهم التام يسمى نضلا

فالرمي به عمل بالنضل

وهي ثابتة بالكتاب لقوله تعالى ﴿ قالوا يا أبانا إنا ذهبنا نستبق ﴾ وقرىء ننتصل والسنة شهيرة بذلك (وحكم المناضلة في العوض حكم الخيل) والإبل فيما تقدم تفصيله (وتصح بين) شخصين (اثنين و) بين (حزبين) كما تقدم (ويشترط لها) زيادة على ما سبق (شروط أربعة

---

(١) كشاف القناع، ٣/٣٥٢

أحدها أن تكون على من يحسن الرمي) لأن الغرض معرفة الحذق به ومن لا حذق له **فوجوده كعدمه** (فإن كان في أحد الحزبين من لا يحسنه) أي الرمي (بطل العقد فيه وأخرج من الحزب الآخر مثله)كالبيع إذا بطل في البعض بطل فيما يقابله من الثمن (ولهم) أي لكل حزب (الفسخ إن أحبوا) لتبعيض الصفة في حقهم (فإن عقد النضال جماعة ليقتسموا بعد العقد حزبين برضاهم صح) العقد

و (لا) يصح أن يعقداه ليقتسما (بقرعة) لأنها قد تقع على الحذاق دون غيرهم في أحد الحزبين (ويجعل لكل حزب رئيس

فيختار أحدهما) أي الرئيسين (واحدا) من النفر (ثم يختار) الرئيس (الآخر آخر حتى يفرغا) ليحصل التعادل بينهما (ولا يجوز أن يختار كل واحد من الرئيسين أكثر من واحد) لأنه قد يؤدي إلى اختصاص أحدهما بالأحذق فلا يحصل التساوي (وإن اختلفا) أي الرئيسان (فيمن يبدأ بالخيرة) منهما (اقترعا) لأنه لا مرجح غير القرعة (ولا يجوز جعل رئيس الحزبين واحدا) لأنه لا يضره أيهما غلب أو غلب

فلا يحصل مقصود المناضلة (ولا) جعل (الخيرة في تمييزهما) أي الحزبين (إليه) أي إلى شخص واحد لما سبق (ولا أن يختار حزبه أولا) لأنه ترجيح له بلا مرجح ويفضي

". (١)

"به شيء من ذلك كحال الحياة إذ لا يقضي دينه إلا بما فضل عن حاجته

وتقدم (وما بقي بعد ذلك) أي بعد مؤنة تجهيز بالمعروف (يقضي منه ديونه) سواء وصى بها أولا

وتقدم ويبدأ منها بالمتعلق بعين المال كدين برهن وأرش جناية برقبة الجاني ونحوه ثم الديون المرسلة في الذمة (سواء كانت) الديون (لله) تعالى (كزكاة المال و) صدقة (الفطر والكفارات والحج الواجب) والنذر (أو) كانت (لآدمي كالديون) من قرض وثمن وأجرة وجعالة استقرت ونحوها (والعقل) بعد الحول (وأرش الجنايات والغصوب وقيم المتلفات وغير ذلك) لما تقدم من أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية

فإن ضاق المال تحاصوا

---

(١) كشاف القناع، ٥٤/٤

وتقدم (وما بقي بعد ذلك تنفذ وصاياه) لأجنبي (من ثلثه

إلا أن تجيزها الورثة فتنفذ) وإن زادت على الثلث أو كانت لوارث (من جميع الباقي

ثم يقسم ما بقي بعد ذلك على ورثته) لقوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ وأسباب جمع سبب وهو لغة ما يتوصل به لغيره

كالسلم لطلوع السطح

واصطلاحا ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته (التوارث ثلاثة فقط) فلا يرث ولا يورث بغيرها كالموالاة

أي المؤاخاة والمعاقدة وهي المحالفة

وإسلامه على يديه وكونهما من أهل ديوان واحد

والتقاط لحديث إنما الولاء لمن أعتق واختار الشيخ تقي الدين أنه يورث بها عند عدم الرحم والنكاح والولاء

وتبعه في الفائق (رحم وهو القرابة) لقوله تعالى ﴿ وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ﴾ و الثاني (نكاح) لقوله تعالى ﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم ﴾ الآية (وهو عقد الزوجية الصحيح) سواء دخل أو لا (فلا ميراث في النكاح الفاسد) لأن **وجوده كعدمه** (و) الثالث (ولاء عتق) فيرث به المعتق

وعصبته من عتيقه

ولا عكس

لحديث الولاء لحمة كلحمة النسب رواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه شبه الولاء بالنسب والنسب يورث به

فكذا الولاء

ووجه التشبيه أن السيد أخرج عبده بعتقه إياه من حيز المملوكية التي ساوى بها البهائم إلى حيز المالكية التي ساوى بها الأناسي

". (١)

---

(١) كشاف القناع، ٤/٤٠٤

"أو لأم (والزوجة) هي بالتاء لغة سائر العرب ما عدا أهل الحجاز

اقتصر الفقهاء والفرضيون عليها للإيضاح وخوف اللبس (ومولاة النعمة) وهي المعتقة ومعتقتها وإن علت

ودليل ذلك يعلم مما تقدم ومما يأتي مفصلا في أبوابه (والوارث ثلاثة ذو فرض) أي نصيب مقدر شرعا لا يزيد إلا بالرد ولا ينقص إلا بالعول (وعصبات) يرثون بلا تقدير (و) ذو (رحم) يرثون عنه عدم العصبات وأصحاب الفروض غير الزوجين على ما يأتي بيانه (والفروض) القرآنية (ستة النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس) وإن شئت قلت النصف والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما أو الثمن والسدس وضعفهما وضعف ضعفهما أو الربع والثلث وضعف كل ونصف كل وثلث الباقي

ثبت باجتهاد الصحابة رضي الله تعالى عنهم (وأصحابها) أي الفروض (عشرة الزوجان) على البدلية (والأبوان) مجتمعين ومفترقين (والجد) لأب (والجدة) لأم أو أب (والبنت وبنت الابن) وإن نزل أبوها (والأخت من كل جهة والأخ لأم) وتسمى الأخوة والأخوات لأبوين بني الأعيان لأنهم من عين واحدة للأب فقط بني العلات جمع علة بفتح العين المهملة وهي الضرة

قال في القاموس وبنو العلات بنو أمهات شتى من رجل لأن الذي يتزوجها على أولى قد كان قبلها ناهل ثم عل من هذه انتهى

وللأم فقط بني الأخياف بالخاء المعجمة تليها مثناة تحتية سموا بذلك لأن الأخياف الأخلاط فهم من أخلاط الرجال ليسوا من رجل واحد وإن أردت تفصيل أحوال أصحاب الفروض (فللزوج الربع إن كان لها ولد) ذكر أو أنثى منه أو من غيره لم يقم به مانع (أو ولد ابن) وإن سفل أبوه بمحض الذكور (و) له (النصف مع عدمهما) أي عدم الولد وولد الابن (ولزوجة فأكثر الثمن إن كان له ولد) ذكر أو أنثى واحد أو متعدد منها أو من غيرها (أو ولد ابن) وإن سفل (والربع مع عدمهما) إجماعا لقوله تعالى ﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم ﴾ الآية (وولد البنت لا يحجب الزوج من النصف إلى الربع ولا) يحجب (الزوجة من الربع إلى الثمن) ولو ورثناه (ويأتي في باب ذوي الأرحام) لأنه لم يدخل في مسمى الولد ولم ينزله الشرع منزلته

ومن قام به مانع من الأولاد أو أولاد الابن **فوجوده كعدمه** وكذا سائر من قام به مانع وإنما بدأ بالزوجين لقلة الكلام فيهما وإنما جعل للجماعة من الزوجات مثل ما للواحدة لأنه

." (١)

"العين لأنه يمنع ما ينحدر إليها

وهو ضربان حجب نقصان كحجب الزوج من النصف إلى الربع بالولد والزوجة من الربع إلى الثمن به وبنت الابن عن النصف إلى السدس وبنت الصلب ونحوه مما تقدم وحجب حرمان وهو المراد هنا

و (حجب النقصان يدخل على كل الورثة) كالأم عن الثلث إلى السدس بالولد والأب عن المال إلى السدس بالابن والزوجين على ما تقدم والبنت عن النصف إلى المقاسمة بالابن والابن عن الاستقلال إلى المشاركة بمن في درجته من الأولاد

وهكذا تفعل في كل واحد من الورثة بما يناسبه (وحجب الحرمان) تارة يكون بالوصف كالرق والكفر فيمكن دخوله على جميع الورثة وتارة يكون بالشخص ف (لا يدخل على خمسة) من الورثة (الزوجين والأبوين والولد) وضابطهم من أدلى إلى الميت بنفسه غير المولى (ويسقط الجد بالأب) إجماعا لأنه يدلى به (و) يسقط (كل جد) أعلى (بمن هو أقرب منه) لإدلائه به (و) تسقط (الجدات من كل جهة) أي من جهة الأب أو الأم (بالأم) لأن الجدات يرثن بالولادة فكانت الأم أولى منهن لمباشرتها الولادة (و) يسقط (ولد الابن) ذكرا كان أو أنثى (بالابن) لقربه وكذا كل ولد ابن ابن نازل بابن ابن أعلى منه (و) يسقط (الأخ) لأبوين (و) تسقط (الأخت لأبوين) بثلاثة (بالابن وابنه) وإن نزل (والأب) حكاه ابن المنذر إجماعا (ويسقط الأخ للأب) والأخت للأب (بهؤلاء الثلاثة) الابن وابنه والأب (وبالأخ الشقيق) وبالشقيقة إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن وتقدم (وتسقط الإخوة لأم) ذكورا كانوا أو إناثا (بالولد ذكرا كان أو أنثى وبولد الابن ذكرا كان أو أنثى وبالأب و) ب (الجد لأب) وإن علا (ويسقط الأخ) وشقيقا كان أو لأب (بالجد) وإن علا (ومن لا يرث لمانع فيه من رق أو قتل أو اختلاف دين لم يحجب) أحدا لا حرمانا بل ولا نقصانا **ووجوده كعدمه** (وكذا لو كان ولد زنا) أو منفيا بلعان لا يحجب زوجة الزاني والملاعن عن الربع إلى الثمن

لأن نسبه غير لاحق به فلا أثر له

ويحجب زوج الزانية والملاعنة عن النصف إلى الربع لأنه ولدها وكذا يحجب مع أخ له آخر أمه من الثلث إلى السدس فكلام المصنف ليس على إطلاقه بدليل السوابق

---

(١) كشاف القناع، ٤/٤٠٦

." (١)

"الولاية يعتبر لها كمال الحال لأنها تفيد التصرف في حق غيره وغير المكلف مولى عليه لقصوره فلا تثبت له ولاية كالمرأة

(و) السادس (عدالة) لما روي عن ابن عباس لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد

قال أحمد أصح شيء في هذا قول ابن عباس وروي عنه مرفوعا لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وأيما امرأة نكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل

وروى البرقاني بإسناده عن جابر مرفوعا لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل لأنها ولاية نظرية فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال

(ولو) كان الولي عدلا (ظاهرا) فيكفي مستور الحال لأن اشتراط العدالة ظاهرا وباطنا حرج ومشقة ويفضى إلى بطلان غالب الأنكحة (إلا في سلطان) يزوج من لا ولي لها فلا تشترط عدالته للحاجة

(و) إلا في (سيد) يزوج أمته فلا تشترط عدالته لأنه تصرف في أمته أشبه ما لو أجرها

(و) السابع (رشد) لما تقدم عن ابن عباس (وهو) أي الرشد هنا (معرفة الكفء ومصالح النكاح وليس هو حفظ المال لأن رشد كل مقام بحسبه قاله الشيخ) وهو معنى ما اشترطه في الواضح من كونه عالما بالمصالح لا شيخا كبيرا جاهلا بالمصلحة وقال القاضي وابن عقيل وغيرهما (ويقدم) الولي (أصلح الخاطبين) لموليته لأنه أحظ لها

(وفي النوادر وينبغي أن يختار لموليته شابا حسن الصورة) لأن المرأة يعجبها من الرجل ما يعجبه منها

(فإن كان الأقرب ليس أهلا) للولاية (كالطفل) يعني من لم يبلغ (والعبد والكافر والفاسق) ظاهر الفسق (والجنون المطبق والشيخ إذا أفند) أي ضعف في العقل والتصرف

قال في القاموس الفند بالتحريك إنكار العقل لهرم أو مرض والخلط في القول والرأي والكذب كالإفناد ولا تقل عجوز مفندة لأنها لم تكن ذات رأي أبدا

(أو عضل الأقرب زوج الأبعد) يعني من يلي الأقرب من الأولياء لأن الولاية لا تثبت للأقرب مع اتصافه بما تقدم **فوجوده كعدمه** ولتعذر التزويج من جهة الأقرب بالعضل جعل كالعدم كما لو جن فإن عضل الأبعد أيضا زوجها الحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لها (

---

(١) كشاف القناع، ٤/٤٢٤

والعضل منعها أن تتزوج بكفء إذا طلبت ذلك ورغب كل منهما في صاحبه) بما صح مهرا (ولو) كان (بدون مهر مثلها) يقال داء عضال إذا أعيا الطبيب دواؤه وامتنع عليه

(قاله الشيخ

ومن صور العضل) المسقط لولايته (إذا امتنع الخطاب لشدة الولي انتهى) لكن الظاهر أنه لا حرمة على

". (١)

"زوج فرق بينهما) لبطلان نكاحه

(فإن كان وطئها وهو لا يعلم فهو وطء شبهة يجب لها به مهر المثل وترد للأول) لأنها زوجته

(ولا تحل له) أي للأول (حتى تنقضي عدتها) من وطء الثاني للعلم ببراءة رحمها منه

(ولا ترد الصداق الذي يؤخذ من الداخل بها) وهو الثاني (على) الزوج الأول (الذي دفعت إليه) لأنه لا يملك التصرف في بضعها فلا يملك عوضه بخلاف منفعة العين المؤجرة فإنها ملك للمستأجر يتصرف فيها فعوضها له

(ولا يحتاج النكاح الثاني إلى فسخ لأنه باطل ولا يجب لها المهر إلا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء)

أي الخلوة من غير وطء و (دون الفرج) كالمفاخذة لأنه نكاح باطل لا حكم له (وإن وقعا) أي النكاحان (معا) أي في وقت واحد (بطلا) أي فهما باطلان من أصلهما ولا يحتاجان إلى فسخ لأنه لا يمكن تصحيحها ولا مرجح لأحدهما على الآخر

(ولا مهر لها على واحد منهما ولا يرثانها ولا ترثهما) لأن العقد الباطل **وجوده كعدمه**

(وإن جهل السابق) منهما (مثل جهل السبق) بأن جهل هل وقعا معا أو مرتبين (أو علم عين السابق) من العقدين (ثم جهل) أي نسي (أو علم السبق) كما لو علم أن أحدهما قبل الزوال والآخر بعده

(وجهل السابق) منهما (فسخهما حاكم) لأن أحدهما صحيح ولا طريق للعلم به

---

(١) كشاف القناع، ٥/٥٤

(ولها نصف المهر يقترعان عليه) فمن خرجت عليه القرعة غرمه لأن عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ نكاحه من غير جهة الزوجة قبل الدخول فوجب عليه نصف المهر

(وكذا لو طلقاها) وجب على أحدهما نصف المهر بقرعة

وإذا عقد عليها أحدهما بعد ذلك فلا ينبغي أن ينقص عدد طلاقه لهذه الطلقة لأنا لم نتحقق أن عقده هو الصحيح حتى يقع طلاقه ذكر معناه الشيخ تقي الدين

(وإن أقرت لأحدهما بالسبق) بأن نكاحه سابق (لم يقبل) إقرارها على الآخر (نصا) لأن الخصم غيرها وهو العاقد الثاني فلم يقبل قولها عليه وإن ادعى عليها العلم بالسابق لم يلزمها يمين لأن من لا يقبل إقراره لا يستحلف في إنكاره ويأتي في القضاء

(وإن ماتت) المرأة (قبل الفسخ والطلاق فلأحدهما نصف ميراثها بقرعة) أي يقترعان عليه فيأخذه من خرجت له القرعة

(من غير يمين)

قال الشيخ تقي الدين إنه المذهب

قال وكيف يحلف من قال لا أعرف الحال (وإن مات الزوجان) قبل الفسخ والطلاق (فإن كانت أقرت بسبق أحدهما فلا ميراث لها من الآخر) لاعترافها ببطلان نكاحه

(وهي تدعي ميراثها ممن أقرت له بالسبق فإن) كان (ادعى ذلك) أي السبق (أيضا دفع إليها ميراثها

". (١)

"(وهي) أي الشروط في النكاح (قسمان) أحدهما (صحيح وهو نوعان أحدهما ما يقتضيه العقد) بأن يكون هو مقتضى العقد (كتسليم الزوجة إليه) أي إلى الزوج (وتمكينه من الاستمتاع بها)

وتسليمها المهر وتمكينها من الانتفاع به

(**فوجوده كعدمه**) لأن العقد يقتضي ذلك

(الثاني شرط ما تنتفع به المرأة) مما لا ينافي العقد (كزيادة معلومة في مهرها) أو في نفقتها الواجبة

---

(١) كشاف القناع، ٥/٦٠

أشار إليه في الاختيارات
(أو) اشتراط كون مهرها من (نقد معين أو) تشترط عليه (أ) ن (لا ينقلها من دارها أو بلدها أو أ) ن (لا يسافر بها أو) أن (لا يفرق بينها وبين أبويها أو) أن لا يفرق بينها وبين (أولادها أو على أن ترضع ولدها الصغير أو) شرطت أن (لا يتزوج عليها ولا يتسرى أو شرط لها طلاق ضرتها أو) شرط لها (بيع أمته

فهذا) النوع (صحيح لازم للزوجة بمعنى ثبوت الخيار لها بعدمه) لما روى الأثرم بإسناده أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال لها شرطها

فقال الرجل إذن يطلقننا

فقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط

ولأنه شرط لها منفعة مقصودة لا تمنع المقصود من النكاح

فكان لازما كما لو اشترطت كون المهر من غير نقد البلد

وأما قوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل

أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع

وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته وعلى من نفى ذلك الدليل

وقولهم إن هذا يحرم الحلال ليس كذلك

وإنما يثبت للمرأة إذا لم يف به خيار الفسخ

وقولهم إنه ليس من مصلحة العقد ممنوع فإنه من مصلحة المرأة

وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد كاشتراط الرهن في البيع

(ولا يجب الوفاء به) أي بالشرط الصحيح (بل يسن) الوفاء به

لأنه لو وجب لأجير الزوج عليه ولم يجبره عمر بل قال لها شرطها

(فإن لم يفعل) أي لم يف الزوج لها بشرطها (فلها الفسخ) لما تقدم عن عمر

ولأنه شرط لازم في عقد فثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن والضمين في البيع وحيث قلنا تفسخ فبفعله ما شرط أن لا يفعله (لا بعزمه) عليه خلافا للقاضي لأن العزم على الشيء ليس كفعله

(وهو) أي الفسخ إذن (على التراخي) لأنه خيار يثبت لدفع الضرر فكان على التراخي تحصيلا لمقصودها كخيار العيب والقصاص (فلا يسقط) الخيار (إلا بما يدل على الرضا) منها (من قول أو تمكين منها مع العلم) بفعله ما شرطت أن لا يفعله

فإن لم تعلم بعدم الوفاء ومكنته لم

". (١)

"عليه وسلم حرم متعة النساء

رواه أبو داود وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يا أيها الناس إني كنت أذنت في الاستمتاع ألا وإن الله حرمها إلى يوم القيامة وروى سبرة قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة ثم لم نخرج حتى نهانا عنها رواه مسلم وروى أبو بكر بإسناده عن سعيد بن جبير أن ابن عباس قام خطيبا فقال إن المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير

قال الشافعي لا أعلم شيئا أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة

(وإن نوى) الزوج (بقلبه) أنه نكاح متعة من غير تلفظ بشرط (فكالشرط نصا خلافا للموفق) نقل أبو داود فيها هو شبيه بالمتعة لا حتى يتزوجها على أنها امرأته ما حييت

(وإن شرط) الزوج (في النكاح طلاقها في وقت ولو مجهولا فهو كالمتعة) فلا يصح لما تقدم

(وإن لم يدخل بها في عقد المتعة وفيما حكمنا به أنه) ك (متعة فرق بينهما) فيفسخ الحاكم النكاح إن لم يطلق الزوج لأنه مختلف فيه

(ولا شيء عليه) من المهر

ولا متعة لفساد العقد **فوجوده كعدمه**

(وإن دخل بها) أي بمن نكحها نكاح متعة (فعليه مهر المثل وإن كان فيه مسمى)

قال أبو إسحاق بن شاقلا إن الأئمة بعد الفسخ جعلوها في حيز السفاح لا في النكاح انتهى

لكن ذكر المصنف كغيره من الأصحاب أواخر الصداق أن النكاح الفاسد يجب فيه بالدخول المسمى كالصحيح ولم يفرقوا بين نكاح المتعة وغيره

---

(١) كشاف القناع، ٩١/٥

(ولا يثبت به) أي بنكاح المتعة (إحصان ولا إباحة للزوج الأول) يعني لمن طلقها ثلاثا لأنه فاسد فلا يترتب عليه أثره

(ولا يتوارثان ولا تسمى زوجة) لما سبق

(ومن تعاطاه عالما) تحريمه (عزر) لارتكابه معصية لاحد فيها ولا كفارة

(ويلحق فيه النسب إذا وطيء يعتقده نكاحا)

قلت أو لم يعتقده نكاحا لأن له شبهة العقد

(ويرث ولده ويرثه) ولده للحوق النسب (ومثله) أي مثل نكاح المتعة فيها ذكر (إذا تزوجها بغير ولي ولا شهود واعتقده نكاحا جائزا)

قلت أو لو يعتقدوه كذلك

(فإن الوطء فيه) وطء (شبهة يلحقه الولد فيه) لشبهة العقد

(ويستحقان العقوبة) أي التعزير (على مثل هذا العقد) لتعاطيهما عقدا فاسدا

(الرابع إذا شرط نفي الحل في نكاح) بأن تزوجها على أن لا تحل له

فلا يصح النكاح لاشتراط ما ينافيه (أو علق ابتداءه) أي النكاح (على شرط) مستقبل (غير مشيئة الله كقوله زوجتك) ابنتي أو نحوها (إذا جاء رأس الشهر أو) إذا (رضيت أمها أو) إذا (رضي فلان أو) زوجتكها على (أ) ن (لا يكره فلان فسد العقد)

." (١)

"أي على من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة ولو غير مكلف (النفقة لجميعهن (إلى أن يختار) منهن أربعا لأنهن محبوسات لأجله وهن في حكم الزوجات

(وإن مات الزوج لم يقم وارثه مقامه) في الاختيار

ويأتي حكم العدة والإرث

(وإن أسلم البعض) من الزوجات (وليس البواقي كتابيات ملك إمساكا وفسخا في مسلمة خاصة) إن زادت المسلمات على أربع وليس له أن يختار واحدة ممن لم يسلمن لعدم حلها له

---

(١) كشاف القناع، ٥/٩٧

(وله) أي ممن أسلم وتحته أكثر من أربع فأسلم بعضهن وبقي البعض (تعجيل إمساك مطلقا و) له (تأخيره حتى تنقضي عدة البقية أو يسلمن)

فمن أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلم منهن خمس فله اختيار أربع منهن وله تأخير الاختيار إلى أن يسلم البواقي أو تنقضي عدتهن

(وصفة الاختيار اخترت نكاح هؤلاء أو اخترت هؤلاء أو أمسكتهن أو أخترت حبسهن أو) اخترت (إمساكهن أو) اخترت (نكاحهن أو أمسكت نكاحهن أو ثبت نكاحهن أو ثبتهن أو أمسكت هؤلاء أو تركت هؤلاء أو اخترت هذه للفسخ أو) اخترتها (للإمساك ونحوه) كأبقيت هذه وباعدت هذه

(وإن قال لمن زاد على أربع فسخت نكاحهن كان اختيارا للأربع) لدلالته عليه

(فإن قال سرحت هؤلاء أو فارقتهن لم يكن طلاقا لهن) إلا إن ينويه لأنه كناية (ولا اختيارا لغيرهن) لأنه ليس صريحا فيه (إلا أن ينويه) فيعمل بما نواه لأن لفظه يحتمله والنية معينة للمقصود

(والمهر لمن انفسخ نكاحهن بالاختيار إن كان دخل بها) لأنه استقر بالدخول فلم يسقط

(وإلا) بأن لم يدخل بها (فلها مهرها) لأن النكاح ارتفع من أصله لأنه ممنوع من ابتدائه واستدامته **فوجوده كعدمه**

(ولا يصح تعليق الفرقة) بشرط (ولا) يصح تعليق (الاختيار بشرط)

فلا يصح كلما أسلمت واحدة فلقد اخترتها أو كل من دخلت دار فلان فقد فارقتها ونحوه

لأن الشرط قد يوجد فيمن يحبها فيفضي إلى تنفيره

ولذلك لم تدخل القرعة فيه

فإن علق الفسخ بشرط وأراد به الطلاق ففيه وجهان أطلقهما في الشرح وغيره

(ولا) يصح (فسخ نكاح مسلمة لم يتقدمها) أي لم يتقدم فسخ نكاحها إسلام أربع قال في المحرر ولو اختار أولا فسخ نكاح مسلمة صح إن تقدمه (إسلام أربع)

قال في المحرر ولو اختار أولا فسخ نكاح مسلمة صح إن تقدمه إسلام أربع سواها وإلا لم يصح بحال

وقال في المغني وإن اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام أربع لأن الأربع زوجات لا يبن منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه

(وعدة

". (١)

"أي بالفرقة ﴿ إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ﴾ والباقي بالقياس على الطلاق

(وكذا تعليق طلاقها على فعلها) فإذا فعلت وقع وتنصف الصداق لأن السبب وجد من الزوج وهو الطلاق وإنما هي حققت شرطه

والحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب

(وكذا توكيلها) أي توكيل الرجل زوجته قبل الدخول (فيه) أي في طلاقها (ففعلته) فينتصف الصداق لأنها نائبة عنه

وإن طلق الحاكم على الزوج في الإيلاء فهو كطلاقه لأنه قام مقامه في إيفاء الحق عنه عند امتناعه منه

(وقال الشيخ لو علق طلاقها على صفة من فعلها الذي لها منه بد) كدخولها دار أجنبي (وفعلته) قبل الدخول (فلا مهر لها

وقواه ابن رجب) بما يأتي في مسألة تنجيزها في نفسها إذا اختارت الفرقة قبل الدخول فإنه لا مهر لها على المنصوص لكن إنما تتم المشابهة إذا كان بسؤالها كما يأتي

(ولو أقر الزوج بنسب) زوجته بأن قال هي أختي من النسب (أو) أقر ب (رضاع) كقوله هي أختي من الرضاع (أو) أقر ب (غير ذلك من المفسدات) كتحريمها عليه لمصاهرة (قبل) إقراره (منه في انفساخ النكاح) لأنه أقر بحق عليه فأوخذ به

(دون سقوط النصف) أي نصف الصداق فلا يقبل إقراره به عليها لأن إقراره على الغير (فإن صدقته) الزوجة على ما أقر به من المفسد سقط

(أو ثبت) المفسد (ببينة سقط) أي تبينا عدم وجوبه لفساد العقد **فوجوده كعدمه**

(ولو وطيء) الزوج (أم زوجته أو) وطيء (ابنتها بشبهة أو زنا انفسخ النكاح) كما تقدم (ولها) أي الزوجة (نصف الصداق) إن كان قبل الدخول لمجيء الفرقة من قبله

وأما الموطوءة بشبهة أو زنا فيأتي حكمها في الصداق

---

(١) كشاف القناع، ١٢٣/٥

(وكل فرقة جاءت من قبلها) أي الزوجة (قبل الدخول كإسلامها) تحت كافر (وردتها أو إرضاعها من ينفسخ نكاحها برضاعه) كما لو أرضعت زوجة له صغرى (وارتضاعها وهي صغيرة) من أمه أو أخته ونحوها (وفسخها لعيبه) أي الزوج ككونه مجبوبا أو مجذوما ونحوه

(و) فسخها (بإعساره بمهر أو نفقة أو غيرهما أو لعتقها تحت عبد وفسخه لعيبها أو) فسخه (لفقد صفة شرطها فيها) كأن شرطها بكرا فبانت ثيبا

وفسخ قبل الدخول (فإنه يسقط به مهرها

و) يسقط به

." (١)

"أقيمت مقام المسمى فسقطت في كل موضع يسقط فيه

(وتجب) المتعة للمفوضة (في كل موضع يتنصف فيه المسمى) كردته قياسا على الطلاق

(ويجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئا مفوضة كانت أو مسمى لها) لحديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي صلى الله عليه وسلم ودخل بها ولم يعطها شيئا

وعن ابن عباس وابن عمر لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا للخبر

وجوابه بأنه محمول على الاستحباب (ويستحب إعطاؤها شيئا قبل الدخول بها) لما تقدم (وإن سمى لها صداقا فاسدا) كالخمر والمجهول (وطلقها قبل الدخول) ونحوه مما يقرر الصداق (وجب عليه) لها (نصف مهر المثل)

قال في الإنصاف وهو المذهب

قال في تصحيح الفروع وهو الصحيح اختاره الشيرازي والشيخ تقي الدين والموفق والشارح وغيرهم وقطع به الخرقي وابن رزين في شرحه وتبعهم المصنف في الحاشية

(واختار القاضي وأصحابه والمجد وغيرهم) كصاحب الرعايتين والنظم تجب (المتعة) دون نصف مهر المثل وهو مفهوم ما قطع به في التنقيح وتبعه في المنتهى لأن التسمية الفاسدة كعدمها فأشبهت المفوضة

---

(١) كشاف القناع، ١٤٩/٥

فصل (ومهر المثل معتبر بمن يساويها من جميع أقاربها من جهة أبيها وأمها كأختها وعمتها وبنت أخيها وبنت عمها وأمها وخالتها وغيرهن القربى فالقربى) لما تقدم في حديث ابن مسعود لها مهر نسائها

ولأن مطلق القرابة له أثر في الجملة

(وتعتبر المساواة في المال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والبلد وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله الصداق)

لأن مهر المثل بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة

(فإن لم يوجد) في نسائها (إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها القربى فالقربى) منهن لمزية القرب لأن زيادة فضيلتها تقتضي زيادة في المهر

(وإن لم يوجد) في نسائها (إلا فوقها نقصت بقدر نقصها) كأرش العيب بقدر نقص المبيع ولأن له أثرا في تنقيص المهر فوجب أن يترتب بحسبه

(وإن كان عادتهم التخفيف) في المهر (على عشيرتهم دون غيرهم اعتبر ذلك) لأن العادة لها أثر في المقدار فكذا في التخفيف

وإن كان عادتهم تسمية مهر كثير لا يستوفونه قط **فوجوده كعدمه**

قاله

". (١)

"الشيخ تقي الدين

لا يقال مهر المثل بدل متلف فوجب أن لا يختلف كسائر المتلفات

لأن النكاح يخالف سائر المتلفات باعتبار أن المقصود منه أعيان الزوجين بخلاف بقية المتلفات فإن المقصود منها المالية خاصة فكذلك لم تختلف باختلاف العوائد

(وإن كانت عادتهم التأجيل فرض مؤجلا) لأنه مهر نسائها

(وإلا) بأن لم يكن عادتهم التأجيل فرض (حالا) لأنه بدل متلف فوجب أن يكون حالا كقيم المتلفات

---

(١) كشاف القناع، ١٥٩/٥

(وإن لم يكن لها أقارب اعتبر يشبهها من نساء بلدها) لأن ذلك له أثر في الجملة

(فإن عدمن) أي نساء بلدها بأن لم يكن فيهن من يشبهها

(فبأقرب نساء شبها بها من أقرب البلاد إليها)

لأنه لما تعذر الأقارب اعتبر أقرب النساء شبها بها من غيرهن كما اعتبر قرابتها البعيدة إذا لم يوجد قريب

(فإن اختلفت عادتهن) في الحلول والتأجيل (أو) اختلفت (مهورهن) قلة وكثرة (أخذ بالوسط) منها لأنه العدل (الحال) من نقد البلد فإن تعدد فمن غالبه لأنه بدل متلف فأشبه قيم المتلفات

فصل (وإذا افترقا في النكاح الفاسد قبل الدخول) بطلاق أو موت أو غيرهما) كاختلاف دين ورضاع (فلا مهر فيه) لأن المهر يجب بالعقد والعقد فاسد **فوجوده كعدمه** كالبيع الفاسد

(وإن دخل) بها في النكاح الفاسد (أو خلا بها) فيه (استقر المسمى) لأن في بعض الفاظ حديث عائشة ولها الذي أعطاها بما أصاب منها رواه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال بإسنادهما والخلوة كالوطء ولأن النكاح مع فساده ينعقد ويترتب عليه أكثر أحكام من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت ونحو ذلك

فلذلك لزم المسمى فيه كالصحيح

(بخلاف البيع الفاسد إذا تلف) المبيع (فإنه يضمن) ضمان المتلف لا (بقيمته) أو مثله (لا) ضمان عقد (بثمنه) ذكر معناه في الإنصاف قلت قد يشكل عليه ما يأتي في الطلاق من أن العتق يقع في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد إلا أن يقال هذا حكم من أحكام البيع وأكثرها منتف بخلاف النكاح

(ولا يصح تزويج من نكاحها فاسد قبل طلاق أو فسخ فإن أبى الزوج الطلاق فسخه) أي النكاح الفاسد (حاكم) لأنه

". (١)

"وقبله

---

(١) كشاف القناع، ٥/١٦٠

(وإن مات عن امرأة نكاحها فاسد كالنكاح المختلف فيه) كبلا ولي (فعليها عدة وفاة) لأنه نكاح يلحق فيه النسب فوجبت به العدة كالصحيح وإن فارقها في الحياة بعد الإصابة أو الخلوة اعتدت بثلاثة قروء أو أشهر والنكاح المجمع على بطلانه **وجوده كعدمه** وتقدم

فصل (الثالثة) من المعتدات ذات القروء المفارقة في الحياة بعد الدخول بها) أو الخلوة (بطلاق أو خلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو إعتاق تحت عبد أو اختلاف دين أو غيره فعدتها ثلاثة قروء وإن كانت حرة أو بعضها) لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ وغير المطلقة بالقياس عليها ولأن عدة الأمة بالقروء قرآن فأدنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءا ثالثا لأنه لا يتبعض (و) عدتها (قرآن إن كانت أمة) روي عن عمر وعلي وابن عمر ولا يعرف لهم مخالف في الصحابة وكالحد وكان القياس يقتضي أن تكون حيضة ونصفا كما أن حدها النصف من الحرة إلا أن الحيض لا يتبعض فوجب تكميله كالمطلقة والمدبرة والمكاتبة وأم الولد كالأمة

(والقرء الحيض) لقول عمر وعلي وابن عباس وروي عن أبي بكر وعثمان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء

قال أحمد في رواية الأثرم كنت أقول أنه الأطهار ثم رجعت لقول الأكابر ولأنه لم يعهد في لسان الشارع استعماله بمعنى الطهر في موضع واستعمل بمعنى الحيض في غير حديث

(ولا يعتد بالحيضة التي طلقها فيها) حتى تأتي بثلاث كاملة بعدها لظاهر الآية

وروى البيهقي بإسناد رجاله ثقات عن ابن عمر

(وإن قال الزوج وقع الطلاق في الحيض أو في أوله وقالت بل) وقع (في الطهر الذي قبله) أي الحيض (أو قال) الزوج (انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فوقع في أول الحيض وقالت بل بقي منه) أي الطهر (بقية فالقول قولها) لأنها مؤتمنة على نفسها في الحيض وفي انقضاء العدة

قاله في الشرح

". (١)

"النسب كالوطء في النكاح الصحيح (أو) أي وعدة موطوءة (بزنا كمطلقة) لأنه وطء يقتضي شغل الرحم كوطء الشبهة ولأنه لو لم تجب العدة لاختلط ماء الواطىء والزوج فلم يعلم لمن الولد منهما (

---

(١) كشاف القناع، ٤١٧/٥

إلا أمة غير مزوجة ف) تستبرأ (بحيضة) لأن المقصود العلم ببراءة الرحم من الحمل وذلك حاصل بالحيضة كما لو أراد سيدها بيعها بعد وطئها (وإن وطئت زوجة) بشبهة أو زنا (أو) وطئت (سرية بشبهة أو زنا حرمت) أي حرم وطؤها (حتى تعتد الزوجة) حرة كانت أو أمة (وتستبرأ السرية) خشية اشتباه الأنساب واختلاط المياه

(وله) أي الزوج أو السيد (الاستمتاع منهما) أي من الزوجة والسرية (بما دون الفرج) كقبلة ولمس لشهوة لأن التحريم لعارض كالحيض

فصل و (إن وطئت معتدة بشبهة أو نكاح فاسد فرق بينهما) لأن العقد الفاسد **وجوده كعدمه** (وأتمت عدة الأول) لأن سببها سابق على الوطء المذكور

(ولا يحتسب منها) أي العدة (مدة مقامها) أي الموطوءة (عند الواطىء الثاني) بعد الوطء بل ابتداؤها من التفريق بينهما (وله) أي المطلق (رجعة رجعية في مدة تتمة عدته) كما لو لم توطأ في الرجعة

(ثم استأنفت العدة من الواطىء) لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان كالديتين (وإن كانت بائنا فأصابها المطلق) في عدتها (عمدا فكذلك) أي تتم العدة الأولى ثم تعتد من الوطء

لأنه وطء محرم لا يلحق فيه النسب

ولأن العدة الأولى عدة طلاق والثانية عدة زنا فلم تدخل إحداهما في الأخرى لاختلاف سببهما كالكفارات

(وإن أصابها) مبينها في عدتها (بشبهة استأنفت العدة للوطء) لأن الوطء قطع العدة الأولى وهو موجب للاعتداد للاحتجاج إلى العلم ببراءة الرحم من الحمل

(ودخلت فيها بقية) العدة (الأولى) لأن الوطء بشبهة يلحق فيه النسب فدخلت بقية الأولى في العدة الثانية

(وإن وطئت امرأة) مزوجة (بشبهة ثم طلقها زوجها رجعيا اعتدت له) أي للطلاق (أولا) لقوته (ثم اعتدت للشبهة) ولا تتداخل العدة مع اختلاف الواطئين كما تقدم (وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد قياس المذهب تحريمها على الواطىء وغيره في العدة قاله الشارح

". (١)

"امتنعت من التسليم) وهي صحيحة (ثم حدث لها مرض فبذلته) أي التسليم (فلا نفقة) لها ما دامت مريضة عقوبة عليها بمنعها نفسها في حالة التمكن من الاستمتاع بها فيها وبذلها في ضدها

(وتقدم أول عشرة النساء إذا ادعت عبالة ذكره) وعظمه أي أنه يجوز أن تنظر المرأة إليهما حال اجتماعهما لأنه موضع حاجة وكذا لو ادعت أن عليها ضررا في وطئه لضيق فرجها أو قروح به قبل بامرأة ثقة

(فإن كان الزوج صغيرا) فالنفقة عليه كالكبير لأن الاستمتاع بها ممكن وإنما تعذر بسبب من جهة الزوج أشبه الكبير إذا هرب أو (أجبر وليه على نفقتها من مال الصبي) لأنها عليه والولي ينوب في أداء الوجبات كالزكاة وكذا السفيه والمجنون

(وإن كانت) الزوجة (صغيرة لا يمكن وطؤها وزوجها طفل أو بالغ لم تجب نفقتها ولو مع تسليم نفسها) أو بتسليم وليها لها لأنها ليست محلا للاستمتاع بها فلا أثر لتسليمها

قلت لو زوج الولي الصغيرة التي لا يوطأ مثلها وأراد تسليمها مضارة لإسقاط حق الحضانة لم يملك ذلك كما لو أراد السفر بقصد المضارة على ما يأتي في الحضانة

(وإن بذلت) زوجة أو بذل وليها (تسليم نفسها والزوج غائب لم يفرض لها) النفقة (حتى يراسله حاكم الشرع) لأنها بذلت في حال لا يمكنه التسليم فيه (فيكتب) القاضي (إلى حاكم البلد الذي هو) أي الزوج (فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك) أي زوجته بذلت لتسليم نفسها

(فإن سار) الزوج (إليها أو وكل من يتسلمها) له ممن يحل له ذلك كمحرمها (فوصل فتسلمها هو) أي الزوج (أو نائبه وجبت النفقة) حينئذ لأن البذل قبل ذلك **وجوده كعدمه**

(فإن لم يفعل) الزوج إن لم يحضر أو من يوكل من يتسلمها (فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول إليها وتسلمها) لأنه امتنع من تسلمها مع إمكانه وبذلها له فلزمته نفقتها كما لو كان حاضرا

(وإن غاب) الزوج (بعد تمكينها) من نفسها (فالنفقة واجبة عليه في غيبته) سواء سلمها أو لا إذ المانع منه (وإن منعت) الزوجة (تسليم نفسها) فلا نفقة لها أ (و منعها) أي الزوجة (أهلها) من

---

(١) كشاف القناع، ٥/٤٢٥

تسليم نفسها فلا نفقة لها (أو تساكنا) أي الزوجان (بعد العقد فلم تبذل) الزوجة نفسها (ولم يطلب) الزوج زوجته (فلا نفقة لها وإن طال مقامها على ذلك) لأن البذل شرط لوجوب النفقة ولم يوجد

(وإن بذلت) نفسها (تسليما غير تام كتسليمها في منزلها دون غيره) من المنازل (أو) تسليمها (في المنزل الفلاني دون غيره أو) تسليمها (في بلدها) أو بلد كذا (دون غيره لم تستحق شيئا إلا أن تكون قد اشترطت ذلك في العقد) لأن هذا التسليم كعدمه

(وإن منعت نفسها

." (١)

" فصل (وإذا بلغ الغلام سبع سنين عاقلا واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما جاز) لأن الحق في حضانته إليهما لا يعدوهما

(وإن تنازعا) أي الأبوان (فيه) أي في حضانته (خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما) أي من أبويه قضى به عمر ورواه سعيد وعلي رواه الشافعي والبيهقي وروى أبو هريرة قال جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عيينة ونفعني

فقال النبي صلى الله عليه وسلم هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به

رواه الشافعي وأحمد والترمذي وصححه ورجاله ثقات ولأنه إذا مال إلى أحد أبويه دل على أنه أرفق به وأشفق عليه وقيد بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالصلاة بخلاف الأم فإنها قدمت في حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته

لأنها أعرف بذلك

(قال ابن عقيل مع السلامة من فساد فأما إن علم أنه يختار أحدهما ليمكنه من فساد ويكره الآخر للأدب لم يعمل بمقتضى شهوته انتهى)

لأن ذلك إضاعة له

(ولا يخير) الغلام بين أبويه (قبل سبع) لما سبق (فإن اختار) الغلام (أباه كان عنده ليلا ونهارا ولا يمنع من زيارة أمه) لما فيه من الإغراء بالعقوق وقطيعة الرحم

---

(١) كشاف القناع، ٤٧١/٥

(وإن مرض) الغلام (كانت) أمه (أحق بتمريضه في بيتها) لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة

(وإن اختار) الغلام (أمه كان عندها ليلا) لأنه وقت السكن وانحياز الرجال إلى المنازل

(و) يكون (عند أبيه نهارا ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه) لأن ذلك هو القصد في حفظ الولد

(فإن عاد) الغلام (فاختار الآخر نقل إليه وإن عاد فاختار الأول رد إليه هكذا أبدا) لأن هذا اختيار تشبه وقد يشتهي أحدهما في وقت دون آخر فأتبع بما يشتهيه

(فإن لم يختر أحدهما أو اختارهما) أي الأبوين (أقرع) بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر

(ثم إن اختار غير من قدم بالقرعة رد إليه) كما لو اختاره ابتداء (ولا يخير) الغلام (إذا كان أحد أبويه ليس من أهل الحضانة) لأن غير الأهل **وجوده كعدمه**

(وتعين أن يكون) الغلام (عند الآخر) الذي هو أهل للحضانة كما قبل السبع (وإن اختار) ابن سبع (أباه ثم زال عقله رد إلى الأم)

---

(١) ".

"هانيء أقل الإيواء ساعة

وجزم به في الترغيب (وإن برها) أي المحلوف عليها لا يأوي معها في دار سماها (بصدقة أو غيرها أو جتمع معها فيما ليس بدار ولا بيت لم يحنث سواء كان للدار سبب في يمينه أو لم يكن) لأنه قصد جفاءها بهذا النوع (و) لو حلف (لا عدت رأيتك تدخلينها ينوي منعها) من الدخول (حنث بدخولها ولو لم يرها) تدخلها تقديما للنية وكذا لو قتضاه السبب لما تقدم (وإن حلف لا يدخل عليها بيتا فدخل عليها فيما ليس ببيت فكالتي قبلها) فإن قصد جفاءها ولم يكن للدار سبب هيج بمينه حنث وإلا فلا

قاله في المغني والشرح (وإن دخل على جماعة هي فيهم يقصد الدخول عليها معهم أو لم يقصد شيئا حنث) لأنه دخل عليها (وإن استثناها بقلبه فكذلك) أي يحنث لأنه دخل عليها بخلاف مسألة الكلام والسلام المتقدمة في مسائل متفرقة (وإن كان) دخله وهو (لا يعلم أنها فيه) أي البيت (فدخل فوجدها فيه فكما لو دخل عليها ناسيا) يحنث في طلاق وعتاق لا في يمين مكفرة (وكذلك إن حلف

---

(١) كشاف القناع، ٥/٥٠١

لا يدخل عليها فدخلت عليه فخرج في الحال) لم يحنث لأنه تارك (فإن أقام) معها (حنث) لأن ستدامة الدخول دخول

فصل (والعبرة بخصوص السبب لا بعموم اللفظ) لأن السبب يدل على النية فصار كالمنوى وذلك يقتضي تخصيص اللفظ العام وقصره الخاص وإذا ختلف السبب والنية مثل أن متنت مرأة عليه بغزلها فحلف لا يلبس ثوبا من غزلها ينوي جتناب اللبس خاصة دون الانتفاع بثمن وغيره قدمت النية على السبب وجها واحدا لأن النية وافقت مقتضى اللفظ وإن نوى بيمينه ثوبا واحدا فكذلك في ظاهر قول الخرقي وهو الأصح خلافا للقاضي لأن السبب إنما عتبر لدلالته على القصد فإذا خالف حقيقة القصد لم يعتبر فكان **وجوده كعدمه** فلم يبق إلا اللفظ بعمومه والنية تخصه على ما بيناه

ذكره في المبدع (فلو حلف لعامل أن لا يخرج إلا بإذنه ونحوه) كأمره ورضاه (فعزل) العامل (أو) حلف (على زوجته) لا تفعل كذا (فطلقها) نحلت يمينه (أو) حلف (على عبده) لا يفعل كذا (فأعتقه) نحلت يمينه

". (١)

"وكذا لو حلف على أجيره وانقضت مدتها (أو) حلف (لا يدخل بلد الظلم فرآه فيه) أي البلد (فزال) الظلم (أو) حلف (لا أرى منكرا إلا رفعته إلى فلان القاضي أو الوالي فعزل ونحوه) كما لو مات (يريد) الحالف (ما دام) العامل أو الزوجة أو العبد أو الظلم أو القاضي أو الوالي (كذلك أو أطلق) الحالف (نحلت يمينه) تقديما للنية أو السبب على عموم اللفظ لما تقدم (قال ابن نصر الله والمذهب عود الصفة فيحمل يعني نحلال اليمين على أنه) أي الحالف (نوى تلك الولاية) أي فيما إذا حلف لعامل أو وال أو قاض (وذلك النكاح) أي فيما إذا حلف على زوجته (أو) ذلك (الملك نتهى) أي فيما إذا حلف على عبده ويمكن أن يكون امراد بنحلت يمينه أنه لا يحنث بذلك بعد إلا حال وجود صفة عادت كما قال في المنتهى إحالة على ما سبق في كلامهم (فلو رأى المنكر في ولايته وأمكنه رفعه) إليه (فلم يرفعه) إليه (حتى عزل حنث بعزله ولو رفعه) إليه (بعد ذلك) أي بعد العزل لأنه قد فات رفعه إليه فأشبه ما لو مات ومفهومه كالمنتهى والمبدع وغيرهما إن عزل قبل إمكان رفعه إليه لم يحنث (وإن مات) العامل أو الوالي أو القاضي (قبل إمكان رفعه إليه حنث) الحالف لأنه قد فات رفعه إليه أشبه ما

(١) كشاف القناع، ٢٤٨/٦

لو حلف ليضربن عبده في غد فمات العبد اليوم (وإن لم يعين) الحالف (الوالي أذن) بأن حلف لا أرى منكرا إلا أرفعه لذي الولاية (لم يتعين) ذو الولاية خالف الحلف لعدم ما يقتضي تعيينه (ولو لم يعلم به) أي المنكر (الحالف إلا بعد علم الوالي فمات لبر كما لو رآه معه) أي مع الولي ولم يحنث كإبرائه من دين بعد حلفه ليقضينه (وإن حلف اللص أن لا يخبر به ولا يغمز عليه فسأله الوالي عن قوم هو معهم فبرأهم) الحالف (وسكت عنه) أي المحلوف له (يقصد التنبيه عليه حنث) الحالف لأن سكوته عنه بقصد التنبيه عليه في منى الإخبار به والغمز عليه (إلا أن ينوي) الحالف (حقيقة النطق والغمز) فلا يحنث إلا إذا وجد لموافقة النية اللفظ (والغمز أن يفعل) الحالف (فعلا تعلم به أنه هو للص ولو حلف ليتزوجن يبر بعقد) نكاح (صحيح) لا فاسد لأن فائدة العقد الحل والنكاح الفاسد لا تحل به الزوجة فيكون **وجوده كعدمه** (و) لو حلف (ليتزوجن عليها ولا نية ولا سبب لا يبر إلا بدخوله بنظيرتها أو بمن تغمها أو تتأذى بها) لأن الظاهر من يمينه قصد إغاظتها بذلك والتضييق عليها في حقوقها من القسم وغيره وذلك لا يحصل بدون من يساويها في الحق والقسم

والنفقة لا تجب إلا بعد الدخول فلا يحصل مقصود اليمين بدون

". (١)

"الوفاء لو حلف لا يسمع كلام الله فسمع القرآن حنث إجماعا وإن استؤذن عليه فقال دخلوها بسلام آمنين يقصد القرآن لينبهه لم يحنث) لأنه مع قصده القرآن من القرآن وليس من كلام الآدميين (وإلا) بأن لم يقصد به القرآن (حنث) لأنه أذن من كلام الآدميين (و) إن حلف (ليضربنه مائة سوط أو) مائة (عصا أو) حلف (ليضربنه مائة ضربة أو مائة مرة فجمعها) أي المائة (فضربه بها ضربة واحدة لم يبرأ) لأن هذا هو المفهوم في العرف ولأن السوط أو العصا في قوله مائة سوط أو عصا آلة أقيمت مقام المصدر ونتصبت نتصابه فصار معناه لأضربنه مائة ضربة بسوط أو عصا فلا يبر بما يخالف ذلك وأجاب في الشرح عن قصة أيوب بأن هذا الحكم لو كان عاما لما خص بالمنة عليه وعن المريض المجلود بأنه إذا لم يتعدى هذا الحكم في الحد الذي ورد النص فيه فلان لا يتعدى إلى اليمين أولى (ويبرأ بمائة ضربة مؤلمة) لأنه المتبادر من يمينه (وإن قال) ليضربنه (بمائة سوط) فجمعها وضربه بها مرة واحدة (بر) لأنه ضربه بمائة سوط (وإن حلف لا يضرب مرأته) أو غيرها (فخنقها أو نتف شعرها أو عضها تأليما لا

(١) كشاف القناع، ٦/٢٤٩

تلذذا حنث) لأن المقصود من الضرب التأليم وهو حاصل بذلك (ولو لم ينو) أن لا يؤلمها (في يمينه) هذه (وإن حلف ليضربنها ففعل ذلك) أي خنقها أو نتف شعرها أو عضها تأليما (بر) لحصول مقصود الضرب به (و) من حلف (لا يأكل شيئا فأكله مستهلكا في غيره مثل أن) حلف (لا يأكل لبنا فأكل زبدا) لا يظهر فيه طعم اللبن (أو) حلف (لا يأكل سمنا فأكل خبيصا فيه سمن لا يظهر معه فيه أو) حلف (لا يأكل بيضا فأكل ناطفا أو لا يأكل شحما فأكل اللحم الأحمر أو لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها حبات شعير لم يحنث) لأن المستهلك لا يقع عليه اسم الذي حلف عليه فلم يحنث بأكل المستهلك فيه ولأن المستهلك في الشيء يصير **وجوده كعدمه** والظاهر من الحالف على ذلك أنه حلف لمعنى في المحلوف عليه (وإن ظهر له شيء من المحلوف عليه) فيما أكله (حنث) كما لو أكله منفردا (ولا يأكل سويقا فشربه أو لا يشربه) أي السويق (فأكله حنث) لأن الحالف على ترك شيء يقصد به في العرف جتناب ذلك الشيء بالكلية فحملت يمينه على ذلك

". (١)

" ويصح بيع نوى بتمر فيه نوى ، ولبن بذات لبن وصوف بحيوان عليه صوف ، ودرهم فيه نحاس بنحاس أو بدراهم مساوية في غش ، لأن النوى بالتمر والصوف واللبن بالحيوان والنحاس بالدراهم غير مقصود فلا أثر له ، أشبه حبات الشعير بالحنطة . ويصح بيع تراب معدن وصاغة بغير جنسه لا بجنسه ، ولا يصح بيع ربوي بجنسه معهما أو مع أحدهما من غير جنسهما كمد عجوة ودرهم بمثلهما ، أو مد عجوة ودرهم بمدين أو بدرهمين إلا أن يكون مع الربوي شيء لا يقصد كخبز فيه ملح بمثله ونحوه فيصح ، لأن الملح في الخبز لا يؤثر في الوزن **فوجوده كعدمه** ، ويصح : أعطني بنصف هذا الدرهم نصفا وبالآخر فلوسا أو حاجة أو أعطني به نصا وفلوسا ، ويصح قوله للصائغ : صغ لي خاتما من فضه وزنه درهم وأعطيك مثل وزنه وأجرتك درهما ، وللصائغ أخذ الدرهمين أحدهما في مقابل فضة الخاتم والثاني أجرته ، وليس بيع درهم بدرهمين . ومرجع كيل عرف المدينة ووزن عرف مكة على عهد النبي ومالا عرف له هناك يعتبر في موضعه ، فإن اختلف اعتبر الغالب فإن لم يكن رد إلى أقرب ما يشبهه بالحجاز ، وكل مائع مكيل . و أما ربا النسيئة من النساء بالمد وهو التأخير ف يحرم في ما أي مبيعين اتفقا في علة ربا فضل بيان فضل وهو الكيل والوزن وإن اختلف الجنس كمكيل بيع بمكيل من جنسه أو غيره بأن باع مد بر بجنسه أو شعير

---

(١) كشاف القناع، ٦/٢٦٥

و ك موزون بيع بموزون كأن باع رطل حديد بجنسه أو بنحاس ونحوه نساء فيشترط فيما بيع بذلك حلول وقبض بالمجلس .

". (١)

" ديون الله تعالى كالزكاة والحج وديون الآدميين كالقرض والأجرة ونحوهما ، وما بقي بعد ذلك تنفذ وصاياه من ثلثه ، ثم يقسم ما بقي على ورثته ، فقال رحمه الله أسباب الإرث – جمع سبب وهو لغة ما يتوصل به إلى غيره كالسلم لطلوع السطح ، واصطلاحا ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته – ثلاثة فقط فلا يرث ولا يورث بغيرها : الأول رحم أي قرابة وهي الاتصال بين إنسانيان بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة فيرث بها لقوله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) ، و الثاني نكاح وهو عقد الزوجية الصحيح فلا ميراث في النكاح الفاسد لأن **وجوده كعدمه** ، والثالث ولاء بفتح الواو والمد وهو ثبوت حكم شرعي بالعتق أو تعاطي أسبابه فيرث به المعتق وعصبته من عتيق ولا عكس لحديث ابن عمر مرفوعا : الولاء لحمة كلحمة النسب وكانت تركة النبي صدقة لم تورث . وموانعه أي الإرث ثلاثة أيضا :

الأول قتل ، و الثاني رق ، و الثالث اختلاف دين . وأركانه ثلاثة أيضا : وارث وموروث ، ومال موروث . وشروطه ثلاثة أيضا : أحدها تحقق موت مورث أو إلحاقه بالأموات ، و الثاني تحقق وجود وارث ، و الثالث العلم بالجهة المقتضية للإرث .

". (٢)

"الحلول والتقابض في مجلس العقد فقبض ما على نخل بتخليته وتمر بكيل وتقدم، فلو سلم أحدهما ثم مشيا فسلم الآخر قبل التفرق صح، ولا تصح المزابنة في بقية الثمار. ويصح بيع نوى بتمر فيه نوى، ولبن بذات لبن وصوف بحيوان عليه صوف، ودرهم فيه نحاس بنحاس أو بدراهم مساوية في غش، لأن النوى بالتمر والصوف واللبن بالحيوان والنحاس بالدراهم غير مقصود فلا أثر له، أشبه حبات الشعير بالحنطة. ويصح بيع تراب معدن وصاغة بغير جنسه لا بجنسه، ولا يصح بيع ربوي بجنسه معهما أو مع أحدهما من

---

(١) كشف المخدرات– دار البشائر، ٣٩٧/١

(٢) كشف المخدرات– دار البشائر، ٥٣٩/٢

غير جنسهما كمد عجوة وردهم بمثلهما، أو مد عجوة ودرهم بمدين أو بدرهمين إلا أن يكون مع الربوي شيء لا يقصد كخبز فيه ملح بمثله ونحوه فيصح، لأن الملح في الخبز لا يؤثر في الوزن **فوجوده كعدمه**، ويصح: أعطني بنصف هذا الدرهم نصفا وبالآخر فلوسا أو حاجة أو أعطني به نصا وفلوسا، ويصح قوله للصائغ: صغ لي خاتما من فضه وزنه درهم وأعطيك مثل وزنه وأجرتك درهما، وللصائغ أخذ الدرهمين أحدهما في مقابل فضة الخاتم والثاني أجرته، وليس بيع درهم بدرهمين. ومرجع كيل عرف المدينة ووزن عرف مكة على عهد النبي ومالا عرف له هناك يعتبر في موضعه، فإن اختلف اعتبر الغالب فإن لم يكن رد إلى أقرب ما يشبهه بالحجاز، وكل مائع مكيل. و أما ربا النسيئة من النساء بالمد وهو التأخير ف يحرم في ما أي مبيعين اتفقا في علة ربا فضل بيان فضل وهو الكيل والوزن وإن اختلف الجنس كمكيل بيع بمكيل من جنسه أو غيره بأن باع مد بر بجنسه أو شعير و ك موزون بيع بموزون كأن باع رطل حديد بجنسه أو بنحاس ونحوه نساء فيشترط فيما بيع بذلك حلول وقبض بالمجلس.

رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ١٦٨." (١)

"واضطراري وهو ما لا يملك رده وهو الإرث.ومن ذلك حديث ابن مسعود مرفوعا:تعلموا الفرائض وعلموها الناس،فاني امرؤ مقبوض،وإن العلم سيقبض،وتضهر الفتن حتى يختلف اثنان في الفريضة فلا يجدان من يقضي بينهما

رواه الإمام أحمد والترمذي والحاكم ولفظه له.وإذا مات الإنسان بدىء من تركته بكفنه وتجهيزه من رأس ماله،سواء تعلق به حق رهن أو أرش جناية أولا/

وما بقي بعد ذلك تقضي منه ديون الله تعالى كالزكاة والحج وديون الآدميين كالقرض والأجرة ونحوهما،وما بقي بعد ذلك تنفذ وصاياه من ثلثه،ثم يقسم ما بقي على ورثته،فقال رحمه الله . أسباب الإرث -جمع سبب وهو لغة ما يتوصل به إلى غيره كالسلم لطلوع السطح،واصطلاحا ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته-ثلاثة فقط فلا يرث ولا يورث بغيرها:الأول رحم أي قرابة وهي الاتصال بين إنسانيان بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة فيرث بها لقوله تعالى« وأول الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله»،و الثاني نكاح وهو عقد الزوجية الصحيح فلا ميراث في النكاح الفاسد لأن **وجوده كعدمه**،والثالث ولاء بفتح الواو والمد وهو ثبوت حكم شرعي بالعتق أو تعاطي أسبابه فيرث به المعتق وعصبته من عتيق ولا عكس لحديث ابن عمر مرفوعا:الولاء لحمة كلحمة النسب وكانت تركة النبي صدقة لم تورث.وموانعه أي الإرث ثلاثة أيضا:

---

(١) كشف المخدرات والرياض الزاهرات لشرح أخصر المختصرات، ١/٢٥٧

رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٢٠٤

الأول قتل،و الثاني رق،و الثالث اختلاف دين.وأركانه ثلاثة أيضا:وارث

وموروث ،ومال موروث.وشروطه ثلاثة أيضا:أحدها تحقق موت مورث أو

إلحاقه بالأموات،و الثاني تحقق وجود وارث،و الثالث العلم بالجهة المقتضية للإرث. والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة:الابن،وابنه وإن نزل،والأب،

وأبوه وإن علا،والأخ من كل جهة،وابن الأخ لا من الأم،والعم،وابنه كذلك،

والزوج،وذو الولاء.ومن النساء سبع:البنت،وبنت الابن وان نزل أبوها،والأم،." [١]

" ٢ (باب الشروط في النكاح) | وهي قسمان : صحيح وفاسد . | فالصحيح نوعان : أحدهما يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه فهذا لا يؤثر **وجوده كعدمه** . | الثاني ما تنتفع به المرأة كنقد معين فهو صحيح ويجب الوفاء به ، وإن شرط أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أولا يتزوج عليها أو لا يتسرى صح ولزم ، فإن أوفى وإلا فلها الفسخ . وأبطل هذه الشروط مالك والشافعي ، واحتجوا بقوله : 'كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ' وبقوله : ' إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ' ولنا قوله : ' إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج ' ولأنه قول عمر وغيره من الصحابة ولا يعلم لهم مخالف في عصرهم ، وقوله : 'كل شرط ليس في كتاب الله ' أي في حكم الله وشرعه ، وهذا مشروع ، وقولهم : يحرم حلالا فلا ولكن نقول لها الفسخ ، وإن شرط طلاق ضرتها فالصحيح أنه باطل لنهيه أن تشترط المرأة طلاق أختها . | الثاني : فاسد وهو ثلاثة أنواع : | (أحدها) ما يبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء أحدها نكاح الشغار ، فإن زوجه وليته على أن يزوجه وليته ولا مهر فهو فاسد وهو نكاح الشغار ، وإن سميا لكل منهما مهرا فالمشهور عن أحمد الصحة لقوله : ' وليس

." [٢]

"وإن أقر لوارث فصار عند الموت أجنبيا لم يلزم إقراره لأنه باطل، وإن أقر لغير وارث أو أعطاه صح وإن صار عند الموت وارثا.

وإن أقرت امرأة على نفسها بنكاح ولم يدعه اثنان قبل، وإن أقر وليها المجبر بالنكاح، أو الذي أذنت له،

---

(١) كشف المخدرات والرياض الزاهرات لشرح أخصر المختصرات، ٣٥٦/١

(٢) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٦٦١

صح.

وإن أقر بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه ابنه ثبت نسبه منه، فإن كان ميتا ورثه، وإذا ادعى على شخص بشيء فصدقه، صح(١)

---

(١) قال في الاختيارات(١): وإذا كان الإنسان ببلد سلطان [ظالم] أو قطاع طريق ونحوهم من الظلمة، فخاف أن يؤخذ ماله، أو المال الذي يتركه لورثته، أو المال الذي بيده للناس، إما بحجة أنه ميت لا وارث له، أو بحجة أنه مال غائب، أو بلا حجة أصلا، فيجوز له الإقرار بما يدفع هذا الظلم، ويحفظ هذا المال لصاحبه، مثل أن يقر لحاضر أنه ابنه، أو يقر أن له عليه كذا وكذا، أو يقر أن المال الذي بيده لفلان، ويتأول في إقراره بأنه يعني بقوله: ابني، كونه صغيرا، أو بقوله: أخي،=

(١) ص ٦٢٢ — ٦٢٤.

=أخوة الإسلام، وأن المال الذي بيده له، أي: لأنه قبضه لكوني قد وكلته في إيصاله أيضا إلى مستحقه، لكن يشترط أن يكون المقر له أمينا، والاحتياط أن يشهد على المقر له أيضا أن هذا الإقرار تلجئة.

تفسيره: كذا وكذا، وإن أقر من شك في بلوغه، وذكر أنه لم يبلغ، فالقول قوله بلا يمين، قطع به في المغني والمحرر لعدم تكليفه، ويتوجه أن يجب عليه اليمين؛ لأنه إن كان لم يبلغ لم يضره وإن كان قد بلغ حجزته فأقر بالحق، نص الإمام أحمد في رواية ابن منصور، إذا قال البائع: بعتك قبل أن أبلغ.

وقال المشتري: بعد بلوغك، أن القول قول المشتري، وهكذا يجيء في الإقرار وسائر التصرفات [التي يشك فيها]، هل وقعت قبل البلوغ أو بعده؟ لأن الأصل في العقود الصحة، فإما أن يقال: إن هذا عام وإما أن يفرق بين أن يتيقن أنه وقت التصرف كان مشكوكا فيه غير محكوم ببلوغه أو لا يتيقن، فإنا مع تيقن الشك قد تيقنا صدور التصرف ممن لم تثبت أهليته، والأصل عدمها، فقد شككنا في شرط الصحة، وذلك مانع من الصحة، وأما في الحالة الأخرى؛ فإنه يجوز صدوره في حال الأهلية، وحال عدمها، والظاهر صدوره وقت الأهلية، والأصل عدمه قبل وقتها، فالأهلية هنا متيقن وجودها، ثم ذكر أبو العباس: أن من لم يقر بالبلوغ تعلق به حق مثل إسلامه بإسلام أبيه، أو ثبوت الذمية له تبعا لأبيه، أو بعد تصرف الولي له، أو تزويج ولي أبعد منه لمولية، فهل يقبل منه دعوى البلوغ حينئذ أم لا؟ لثبوت هذه الأحكام المتعلقة به في الظاهر قبل دعواه.

وأشار أبو العباس إلى تخريج المسألة على الوجهين، فيما إذا راجع الرجعية زوجها، فقالت: قد انقضت

عدتي، وشبيه أيضا بما إذا ادعى المجهول المحكوم بإسلامه ظاهرا كاللقيط: الكفر بعد البلوغ؛ فإنه لا يسمع منه على الصحيح،=

=وكذلك لو تصرف المحكوم بحريته ظاهرا كاللقيط ثم ادعى الرق ففي قبول قوله خلاف معروف. انتهى.

قال في الاختيارات(١):

وإن أقر المريض مرض الموت المخوف لوارث، فيحتمل أن يجعل إقراره لوارث كالشهادة، فترد في حق من ترد شهادته له كالأب بخلاف من لا ترد، ثم هل يحلف المقر له معه كالشاهد؟ وهل تعتبر عدالة المقر ثلاث احتمالات، ويحتمل أن يفرق مطلقا بين العدل وغيره، فإن العدل معه من الدين ما يمنعه من الكذب ونحوه في براءة ذمته بخلاف الفاجر، ولو حلف المقر له مع هذا تأكد؛ فإن في قبول الإقرار مطلقا فسادا عظيما، وكذلك في رده مطلقا، ويتوجه فيمن أقر في حق الغير وهو غير متهم، كإقرار العبد بجناية الخطأ، وإقرار القاتل بجناية الخطأ أن يجعل المقر كشاهد ويحلف معه المدعي فيما ثبت بشاهد آخر، كما قلنا في إقرار بعض الورثة بالنسب. هذا هو القياس والاستحسان، إلى أن قال قال في الكافي: وإن أقر العبد بنكاح أو قصاص أو تعزير قذف، صح وإن كذبه الولي.

قال أبو العباس: وهذا في النكاح فيه نظر؛ فإن العبد لا يصح نكاحه بدون إذن سيده، لأن في ثبوت نكاح العبد ضررا عليه، فلا يقبل إلا بتصديق السيد انتهى.

قال في الاختيارات: ومتى ثبت نسب المقر له من المقر، ثم رجع المقر وصدقه المقر له، هل يقبل رجوعه؟ فيه وجهان. حكاهما في الكافي، قال أبو العباس: إن جعل النسب فيه حقا لله تعالى فهو كالحرية، وإن جعل حق آدمي فهو كالمال،=

(١) ص ٦٢٥، ٦٢٦.

=والأشبه أنه حق لآدمي كالولاء، ثم إذا قبل الرجوع عنه فحق الأقارب الثابت من المحرمية ونحوها، هل يزول؟

أو يكون كالإقرار بالرق، تردد نظر أبي العباس في ذلك، فأما إن ادعى نسبا، ولم يثبت لعدم تصديق المقر له، أو قال: أنا فلان بن فلان، وانتسب إلى غير معروف، أو قال: لا أب لي أو لا نسب لي، ثم ادعى بعد هذا نسبا آخر، أو ادعى أن له أبا فقد ذكر الأصحاب في باب ما علق من النسب: أن الأب إذا اعترف بالابن بعد نفيه قبل منه، فكذلك غيره، لأن في هذا النفي والإقرار بمجهول ومنكر لم يثبت به نسب، فيكون إقراره بعد ذلك مقبولا، كما قلنا فيما إذا أقر بمال لمكذب إذا لم يجعله لبيت المال، فإنه إذا ادعى

المقر بعد هذا أنه ملكه قبل منه، وإن كان المقر به أرق نفسه فهو كغيره، بناء على أن الإقرار المكذوب، وجوده كعدمه، وهناك على الوجه الآخر يجعله بمنزلة المال الضائع أو المجهول، فيحكم بالحرية، وبالمال لبيت المال، وهنا يكون بمنزلة مجهول النسب، فيقبل به الإقرار ثباتا، وسر المسألة: أن الرجوع عن الدعوى مقبول، والرجوع عن الإقرار غير مقبول، والإقرار الذي لم يتعلق به حق لله، ولا لآدمي، هو من باب الدعاوى، فيصح الرجوع عنه، ومن أقر بطفل له أم، فجاءت أمه بعد موت المقر تدعي زوجيته، فالأشبه بكلام أحمد ثبوت الزوجية، فهنا حمل على الصحة، وخالف الأصحاب في ذلك -إلى أن قال-: ومن أنكر زوجية امرأة فأبرأته، ثم أقر بها كان لها أن تطالبه بحقها، ومن أقر -وهو مجهول نسبه وعليه ولاء- بنسب وارث حي أخ أو عم، فصدقه المقر له، وأمكن قبل، صدقه المولى أو لا، وهو قول أبي حنيفة، وذكره الجد تخريجا.." (١)

"والقول الثاني: وهو اختيار الموفق وهو قول أكثر الفقهاء: أن المهر لا يثبت كاملا بذلك، وهو الراجح لأن ظاهر الآية إنما دل على أن المهر يثبت بالمسيس أي بالوطء، وذلت أثار الصحابة على أنه يثبت بالخلوة، وليست القبلة ونحوها في حكم المسيس ولا في حكم الخلوة، والذي يتبين والله أعلم أن الخلوة لا تثبت بها هذا الحكم إلا إذا كانت بحيث يمكنه أن يطأها معها، أما إذا كانت خلوة يسيرة لا يتمكن من وطئها فلا يتبين أنه يجب المهر بمثل هذه الخلوة، وذلك لأن ظاهر الآية أنه لا يجب إلا مع المسيس، وإنما وجب مع الخلوة لأن الخلوة مظنة المسيس، ولأن الخلوة تمكين من المرأة لنفسها، وليس هذا في أي خلوة، وإنما يثبت بالوطء في القبل على الصحيح، وأما الوطء في الدبر فلا يثبت فيه هذا الحكم، لأنه ليس هذا المسيس المشروع.

قال: [وإن افترقا في الفاسد قبل الدخول والخلوة فلا مهر]

...إذا نكحها نكاحا فاسدا كأن ينكحها بلا ولي ثم فارقها قبل أن يدخل بها، فلا مهر، وذلك لأن هذا نكاح فاسد فكان وجوده كعدمه، فالنكاح الفاسد وهو نكاح شبهة عقد، فإذا طلقها قبل الدخول فلا مهر لها، لأنه فاسد فكان وجوده كعدمه، ولقوله – صلى الله عليه وسلم -: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، ولها المهر بما استحل من فرجها)، وظاهره أنه لا مهر لها إن لم يستحل فرجها.

قال: [وبعد أحدهما يجب المسمى]." (٢)

(١) كلمات السداد، ص/٣١١

(٢) شرح الزاد للحمد، ١١١/٢٠

"فبعد الدخول أو الخلوة يجب المسمى، وإن لم يكن قد سمى المهر فيجب مهر المثل، أما إن مسها فهذا ظاهر لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – في الحديث المتقدم: (ولها المهر بما استحل من فرجها)، وأصرح منه ما ورد في رواية ابن حبان: (ولها ما أعطاها بما أصابها)، أي لها ما أعطاها من المهر بما أصابها، وأما إن كانت مجرد خلوة ولم يطأها فلا يتبين أنه يجب عليه المهر، وذلك لأنه نكاح فاسد فكان **وجوده كعدمه** والنبي – صلى الله عليه وسلم – إنما أوجب المهر حيث أصابها وهنا لم يصبها، وهذا القول هو الراجح، وهو اختيار الموفق ابن قدامة ورواية عن الإمام أحمد.

وأولى من ذلك النكاح الباطل كنكاح الخامسة، والنكاح الباطل عند الفقهاء هو: ما أجمع على بطلانه كنكاح الخامسة، وأما النكاح الفاسد فهو: ما اختلف فيه كالنكاح بلا ولي، ففي النكاح الباطل إن طلقها قبل الدخول فلا شيء لها لأنه نكاح باطل **فوجوده كعدمه**، وإن كان بعد الخول، فالمذهب وهو الصحيح في هذه المسألة: أن لها المهر إن استحل فرجها للحديث المتقدم: (ولها ما أعطاها بما أصابها)، ولا فرق فيما حرمه الشارع بين ما أجمع عليه أو لم يجمع عليه، لكن إن كانت عالمة بأن النكاح باطل أو فاسد فلا شيء لها لأنها زانية مطاوعة فلا شيء لها.

قال: [ويجب مهر المثل لمن وطئت بشبهة]

إذا وطئت بشبهة كأن يظنها زوجته فيطأها، فيجب مهر المثل، قال الموفق: بلا خلاف أعلمه.

قال: [أو زنا كرها]." [1]

"فإذا طلق رجل امرأته دون ما يملك من عدد الطلاق كأن يطلقها الحر طلقة أو طلقتين فمضت العدة ولم يراجعها ثم تزوجت بزوج آخر أو لم تتزوج زوجا آخر ثم عقد عليها زوجها الأول عقدا جديدا فلا يبطل الطلاق بل يبقى عليه طلقة حيث طلقها طلقتين ، ويبقى طلقتان حيث طلقها طلقة.

أما حيث لم تتزوج زوجا آخر فهذا باتفاق أهل العلم لا نزاع بينهم في ذلك ، فإذا طلق الرجل امرأته فانتهت عدتها ثم عقد عليها عقدا جديدا فتحسب عليه تلك الطلقة بلا نزاع بين العلماء ، والطلاق ثابت وواقع ولا دليل على رفعه.

وأما إذا عقبه عليها زوج آخر فهل يحسب عليه طلاقه الأول أم لا ؟

قولان لأهل العلم :

القول الأول ، وهو مذهب جمهور العلماء : أنه(١) يحسب عليه الطلاق الأول ، وهو قول أكابر الصحابة

---

(١) شرح الزاد للحمد، ١١٢/٢٠

كما قال ذلك الإمام أحمد ، وممن قال به ؛ عمر بن الخطاب كما في مصنف عبد الرزاق بإسناد صحيح(٢) ، قالوا : والزوج الآخر ليس شرطا في إحلالها للزوج الأول فلم يكن مؤثرا في إذهاب الطلاق السابق ، فكان هذا النكاح الثاني **وجوده كعدمه** لا يغير من حكم الطلاق شيئا.

القول الثاني ، وهو مذهب الأحناف : (٣) أنه لا يحسب عليه الطلاق السابق وهو قول طائفة من الصحابة وممن روي عنه هذا القول : ابن مسعود و ابن عمر وابن عباس كما في مصنف عبد الرزاق ، قالوا : لأن هذا الحكم أولى من البينونة الكبرى ، فإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا ثم نكحها زوج آخر فإنه ينكحها بعده الأول بلا طلاق سابق إجماعا ، أي لا يحسب عليه الطلاق السابق ، فإذا ثبت هذا في البينونة الكبرى فالبينونة الصغرى أولى – والبينونة الصغرى لا يشترط فيها نكاح زوج آخر –.

---

(١) في الأصل : أن الحكم أنها يحسب عليه الطلاق الأول .

(٣) في الأصل : " وقال الأحناف ، وهو قول طائفة من الصحابة وممن روي عنه هذا القول ابن مسعود وابن عمر وابن عباس كما في مصنف عبد الرزاق ، قالوا : إنه لا يحسب .. "." [١]

"فإذا كان النكاح باطلا اتفاقا كنكاح الخامسة مثلا أو نكاح المرأة في عدتها فهذا نكاح باطل باتفاق أهل العلم فهذا النكاح **وجوده كعدمه** لأنه باطل ولا يمكن مع بطلانه أن تترتب عليه الأحكام الشرعية ، وعليه فإن العدة لا تثبت معه ، فإذا نكح امرأة خامسة فإنه يؤمر بطلاقها ولا تعتد منه لكن لابد وأن تستبرأ بحيضة ليعلم برأة رحمها.

قال : [ومن فارقها حيا قبل وطء وخلوة أو بعدهما أو بعد أحدهما وهو ممن لا يولد لمثله ، .... فلا عدة]

إذا فارقها في حال الحياة قبل الوطء والخلوة ، أو بعدها أو بعد أحدهما أي بعد الخلوة وقبل الوطء ، أو بعد الوطء قبل الخلوة وهو ممن لا يولد لمثله أو كانت المرأة لا يوطأ مثلها فلا عدة ، والذي لا يولد لمثله هو الصغير وهو في المذهب من كان دون عشر سنين ، والمرأة التي لا يوطأ مثلها وهي في المذهب من كانت دون تسع سنين ، وتقدم أن هذا لا حد له بل متى كانت لا يوطأ مثلها وإن كانت بنت اثني عشرة سنة فلها هذا الحكم ، وكذلك الرجل وإن كان ابن اثني عشرة سنة ، إذن : إذا كان لا يولد لمثله أو كانت المرأة لا يوطأ مثلها فلا عدة ، قالوا : للعلم ببرأة الرحم ، هذا إذا كان الزوج حيا ، أما إذا توفى الرجل عن

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٩٠/٢١

امرأته التي لا يوطأ مثلها ، وهو لا يولد لمثله فإنها تعتبر عدة الوفاة ، قالوا : لعموم الآية : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربص بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾ ، أما إذا فارقها في الحياة فلا عدة ، هذا هو المشهور في المذهب ، وعندي في هذا القول نظر.." (١)

"لكن على القول الراجح الذي تقدم ذكره. و أن المقصود هو الاستبراء من الثاني، فإنها إذا وضعت الحمل فإنه يعلم استبراء رخمها من الثاني، لكن تبقى عدة الأول، و عليه فإذا كان الحمل من الحمل، فبوضعه تنتهي من العدتين جميعا، فلو أن امرأة و هي حامل وطئها آخر بنكاح باطل فإنها إذا وضعت حملها تنتهي من العدتين جميعا، لأن عدو الأول تنتهي بوضع الحمل منه، و عدة الثاني تنتهي بوضع الحمل،لأن الحمل إذا وضع يعلم براءة الرحم.

قال: [و من وطئ بعدته البائن بشبهه استأنفت العدة بوطئه، و دخلت فيها بقية الأول]

رجل طلق امرأته ثلاثا فكانت في الطلاق بائيا منه، ثم وطئها – و هذا وطء محرم فهو وطء من أجنبي، فإنها تستأنف العدة من جديد بوطئه كأنه زوج آخر، و دخلت بقية الأول فهنا العدتان تتداخلان لأنهما لرجل واحد.

فمثلا طلقها طلاقا بائنا فحاضت حيضة واحدة ثم وطئها ، فنقول لها احسبي ثلاث حيض مرة أخرى و ما بقي من الحيض من العدة الأولى فإنها تدخل في العدة الثانية لأنهما من زوج واحد.

و على القول الراجح وهو أن الوطء الذي يكون بشبهة أو بزنا أو بعقد فاسد يكفي الاستبراء، فإنها إذا أتت عليها حيضة فإن رحمها تعلم براءته.

فلو أن رجلا وطئ مطلقته البائن بعد انقطاع دمها من الحيضة الثالثة و قبل أن تغتسل، فإنها تعتد بحيضة على القول الراجح.

قال : [و إن نكح من]

إذا نكح مطلقته البائن في عدتها ثم طلقها قبل الدخول بها فإنها تبني على العدة الأولى، لأن النكاح الثاني لم يحصل فيه مسيس. فهذا النكاح باطل و لكن لا عدة فيه، و ذلك لانه فراق قبل المسيس.

و ذلك أن تقول هو عقد فاسد فكان **وجوده كعدمه**.

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٣/٢٥

و المذهب أن الرجل إذا طلق امرأته الرجعية فإنها تبني على عدتها، و أما إن راجعها مطلقها فإنها تستأنف العدة من جديد.." (١)

"والقول الثاني: وهو اختيار الموفق وهو قول أكثر الفقهاء: أن المهر لا يثبت كاملا بذلك، وهو الراجح لأن ظاهر الآية إنما دل على أن المهر يثبت بالمسيس أي بالوطء، وذلت أثار الصحابة على أنه يثبت بالخلوة، وليست القبلة ونحوها في حكم المسيس ولا في حكم الخلوة، والذي يتبين والله أعلم أن الخلوة لا تثبت بها هذا الحكم إلا إذا كانت بحيث يمكنه أن يطأها معها، أما إذا كانت خلوة يسيرة لا يتمكن من وطئها فلا يتبين أنه يجب المهر بمثل هذه الخلوة، وذلك لأن ظاهر الآية أنه لا يجب إلا مع المسيس، وإنما وجب مع الخلوة لأن الخلوة مظنة المسيس، ولأن الخلوة تمكين من المرأة لنفسها، وليس هذا في أي خلوة، وإنما يثبت بالوطء في القبل على الصحيح، وأما الوطء في الدبر فلا يثبت فيه هذا الحكم، لأنه ليس هذا المسيس المشروع.

قال: [وإن افترقا في الفاسد قبل الدخول والخلوة فلا مهر]

...إذا نكحها نكاحا فاسدا كأن ينكحها بلا ولي ثم فارقها قبل أن يدخل بها، فلا مهر، وذلك لأن هذا نكاح فاسد فكان **وجوده كعدمه**، فالنكاح الفاسد وهو نكاح شبهة عقد، فإذا طلقها قبل الدخول فلا مهر لها، لأنه فاسد فكان **وجوده كعدمه**، ولقوله – صلى الله عليه وسلم –: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، ولها المهر بما استحل من فرجها)، وظاهره أنه لا مهر لها إن لم يستحل فرجها.

قال: [وبعد أحدهما يجب المسمى]." (٢)

"فبعد الدخول أو الخلوة يجب المسمى، وإن لم يكن قد سمى المهر فيجب مهر المثل، أما إن مسها فهذا ظاهر لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – في الحديث المتقدم: (ولها المهر بما استحل من فرجها)، وأصرح منه ما ورد في رواية ابن حبان: (ولها ما أعطاها بما أصابها)، أي لها ما أعطاها من المهر بما أصابها، وأما إن كانت مجرد خلوة ولم يطأها فلا يتبين أنه يجب عليه المهر، وذلك لأنه نكاح فاسد فكان **وجوده كعدمه** والنبي – صلى الله عليه وسلم – إنما أوجب المهر حيث أصابها وهنا لم يصبها، وهذا القول هو الراجح، وهو اختيار الموفق ابن قدامة ورواية عن الإمام أحمد.

وأولى من ذلك النكاح الباطل كنكاح الخامسة، والنكاح الباطل عند الفقهاء هو: ما أجمع على بطلانه

(١) شرح الزاد للحمد، ٢٤/٢٥

(٢) شرح الزاد للحمد، ١١١/٥٢

كنكاح الخامسة، وأما النكاح الفاسد فهو: ما اختلف فيه كالنكاح بلا ولي، ففي النكاح الباطل إن طلقها قبل الدخول فلا شيء لها لأنه نكاح باطل **فوجوده كعدمه**، وإن كان بعد الخول، فالمذهب وهو الصحيح في هذه المسألة: أن لها المهر إن استحل فرجها للحديث المتقدم: (ولها ما أعطاها بما أصابها)، ولا فرق فيما حرمه الشارع بين ما أجمع عليه أو لم يجمع عليه، لكن إن كانت عالمة بأن النكاح باطل أو فاسد فلا شيء لها لأنها زانية مطاوعة فلا شيء لها.

قال: [ويجب مهر المثل لمن وطئت بشبهة]

إذا وطئت بشبهة كأن يظنها زوجته فيطأها، فيجب مهر المثل، قال الموفق: بلا خلاف أعلمه.

قال: [أو زنا كرها]." (١)

"فإذا طلق رجل امرأته دون ما يملك من عدد الطلاق كأن يطلقها الحر طلقة أو طلقتين فمضت العدة ولم يراجعها ثم تزوجت بزوج آخر أو لم تتزوج زوجا آخر ثم عقد عليها زوجها الأول عقدا جديدا فلا يبطل الطلاق بل يبقى عليه طلقة حيث طلقها طلقتين ، ويبقى طلقتان حيث طلقها طلقة.

أما حيث لم تتزوج زوجا آخر فهذا باتفاق أهل العلم لا نزاع بينهم في ذلك ، فإذا طلق الرجل امرأته فانتهت عدتها ثم عقد عليها عقدا جديدا فتحسب عليه تلك الطلقة بلا نزاع بين العلماء ، والطلاق ثابت وواقع ولا دليل على رفعه.

وأما إذا عقبه عليها زوج آخر فهل يحسب عليه طلاقه الأول أم لا ؟

قولان لأهل العلم :

القول الأول ، وهو مذهب جمهور العلماء : أنه(١) يحسب عليه الطلاق الأول ، وهو قول أكابر الصحابة كما قال ذلك الإمام أحمد ، وممن قال به ؛ عمر بن الخطاب كما في مصنف عبد الرزاق بإسناد صحيح(٢) ، قالوا : والزوج الآخر ليس شرطا في إحلالها للزوج الأول فلم يكن مؤثرا في إذهاب الطلاق السابق ، فكان هذا النكاح الثاني **وجوده كعدمه** لا يغير من حكم الطلاق شيئا.

القول الثاني ، وهو مذهب الأحناف : (٣) أنه لا يحسب عليه الطلاق السابق وهو قول طائفة من الصحابة وممن روي عنه هذا القول : ابن مسعود و ابن عمر وابن عباس كما في مصنف عبد الرزاق ، قالوا : لأن هذا الحكم أولى من البينونة الكبرى ، فإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا ثم نكحها زوج آخر فإنه ينكحها بعده الأول بلا طلاق سابق إجماعا ، أي لا يحسب عليه الطلاق السابق ، فإذا ثبت هذا في البينونة الكبرى

---

(١) شرح الزاد للحمد، ١١٢/٥٢

فالبينونة الصغرى أولى – والبينونة الصغرى لا يشترط فيها نكاح زوج آخر –.

---

(١) في الأصل : أن الحكم أنها يحسب عليه الطلاق الأول .

(٣) في الأصل : " وقال الأحناف ، وهو قول طائفة من الصحابة وممن روي عنه هذا القول ابن مسعود وابن عمر وابن عباس كما في مصنف عبد الرزاق ، قالوا : إنه لا يحسب .. "." [١]

"فإذا كان النكاح باطلا اتفاقا كنكاح الخامسة مثلا أو نكاح المرأة في عدتها فهذا نكاح باطل باتفاق أهل العلم فهذا النكاح **وجوده كعدمه** لأنه باطل ولا يمكن مع بطلانه أن تترتب عليه الأحكام الشرعية ، وعليه فإن العدة لا تثبت معه ، فإذا نكح امرأﷺ خامسة فإنه يؤمر بطلاقها ولا تعتد منه لكن لابد وأن تستبرأ بحيضة ليعلم برأة رحمها.

قال : [ومن فارقها حيا قبل وطء وخلوة أو بعدهما أو بعد أحدهما وهو ممن لا يولد لمثله ، .... فلا عدة]

إذا فارقها في حال الحياة قبل الوطء والخلوة ، أو بعدها أو بعد أحدهما أي بعد الخلوة وقبل الوطء ، أو بعد الوطء قبل الخلوة وهو ممن لا يولد لمثله أو كانت المرأة لا يوطأ مثلها فلا عدة ، والذي لا يولد لمثله هو الصغير وهو في المذهب من كان دون عشر سنين ، والمرأة التي لا يوطأ مثلها وهي في المذهب من كانت دون تسع سنين ، وتقدم أن هذا لا حد له بل متى كانت لا يوطأ مثلها وإن كانت بنت اثني عشرة سنة فلها هذا الحكم ، وكذلك الرجل وإن كان ابن اثني عشرة سنة ، إذن : إذا كان لا يولد لمثله أو كانت المرأة لا يوطأ مثلها فلا عدة ، قالوا : للعلم ببرأة الرحم ، هذا إذا كان الزوج حيا ، أما إذا توفى الرجل عن امرأته التي لا يوطأ مثلها ، وهو لا يولد لمثله فإنها تعتبر عدة الوفاة ، قالوا : لعموم الآية : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربص بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾ ، أما إذا فارقها في الحياة فلا عدة ، هذا هو المشهور في المذهب ، وعندي في هذا القول نظر.." [٢]

"لكن على القول الراجح الذي تقدم ذكره. و أن المقصود هو الاستبراء من الثاني، فإنها إذا وضعت الحمل فإنه يعلم استبراء رخمها من الثاني، لكن تبقى عدة الأول، و عليه فإذا كان الحمل من الحمل، فبوضعه تنتهي من العدتين جميعا، فلو أن امرأة و هي حامل وطئها آخر بنكاح باطل فإنها إذا وضعت

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٩٠/٥٣

(٢) شرح الزاد للحمد، ٣/٥٧

حملها تنتهي من العدتين جميعا، لأن عدو الأول تنتهي بوضع الحمل منه، و عدة الثاني تنتهي بوضع الحمل،لأن الحمل إذا وضع يعلم براءة الرحم.

قال: [و من وطئ بعدته البائن بشبهه استأنفت العدة بوطئه، و دخلت فيها بقية الأول]

رجل طلق امرأته ثلاثا فكانت في الطلاق بائيا منه، ثم وطئها – و هذا وطء محرم فهو وطء من أجنبي، فإنها تستأنف العدة من جديد بوطئه كأنه زوج آخر، و دخلت بقية الأول فهنا العدتان تتداخلان لأنهما لرجل واحد.

فمثلا طلقها طلاقا بائنا فحاضت حيضة واحدة ثم وطئها ، فنقول لها احسبي ثلاث حيض مرة أخرى و ما بقي من الحيض من العدة الأولى فإنها تدخل في العدة الثانية لأنهما من زوج واحد.

و على القول الراجح وهو أن الوطء الذي يكون بشبهة أو بزنا أو بعقد فاسد يكفي الاستبراء، فإنها إذا أتت عليها حيضة فإن رحمها تعلم براءته.

فلو أن رجلا وطئ مطلقته البائن بعد انقطاع دمها من الحيضة الثالثة و قبل أن تغتسل، فإنها تعتد بحيضة على القول الراجح.

قال : [و إن نكح من]

إذا نكح مطلقته البائن في عدتها ثم طلقها قبل الدخول بها فإنها تبني على العدة الأولى، لأن النكاح الثاني لم يحصل فيه مسيس. فهذا النكاح باطل و لكن لا عدة فيه، و ذلك لانه فراق قبل المسيس.

و ذلك أن تقول هو عقد فاسد فكان **وجوده كعدمه**.

و المذهب أن الرجل إذا طلق امرأته الرجعية فإنها تبني على عدتها، و أما إن راجعها مطلقها فإنها تستأنف العدة من جديد.." (١)

"رواهما الأثرم و لم ينقل عن غيرهما من الصحابة ما يخالفه و لأن الإمامة حال كمال و الصبي ليس من أهلها و الإمام ضامن و الصبي ليس من أهل الضمان و تصح إمامة صبي لبالغ في نفل كتراويح و وتر و صلاة كسوف و استسقاء لانه متنفل يؤم متنفلا و تصح إمامة صبي في فرض وقت كظهر و عصر بمثله أي الصبي لأنها نفل في حق كل منهما و لا تصح إمامة محدث حدثا اكبر أو اصغر يعلم ذلك ولا أمامة نجس أي ببدنه أو ثوبه أو بقعة نجاسة غير معفو منها أي حدثه أو نجسه لانه أخل بشرط الصلاة مع القدرة أشبه المتلاعب و ان جهل إمام حدثه أو نجسه مع جهل مأموم بذلك حتى انقضت الصلاة صحت

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٢٤/٥٧

الصلاة لمأموم وحده أي دون إمامه لحديث البراء بن عازب إذا صلى الجنب بالقوم أعاد صلاته و تمت للقوم صلاتهم رواه محمد بن الحسين الحراني و روى عن عمر رضي الله عنه انه صلى بالناس الصبح ثم خرج إلى الجرن فأهراق الماء فوجد في ثوبه احتلاما فاعاد الصلاة و لم يعد الناس و روي مثله عن عثمان و ابن عمر و عن علي أيضا معناه و لأنه مما يخفى و لا سبيل إلى معرفته فكان عذرا في الاقتداء به و علم منه انه ان علم الإمام أو بعض المأمومين قبل الصلاة أو فيها أعاد الكل و ظاهره و لو نسي بعد علمه به إلا ان كانوا بجمعة أو عيد و هم بإمام محدث أو نجس أربعون فيعيد الكل أو كانوا بمأموم كذلك أي محدث أو نجس أربعون فيعيد الكل أي الإمام و المأمومون لأن المحدث أو النجس **وجوده كعدمه** فينقص العدد المعتبر للجمعة و العيد و لا تصح إمامة أمي نسبة إلى الام كأنه على الحالة التي ولدته أمه عليها و قيل إلى أمة العرب و اصله لغة من لا يكتب و هو عرفا من لا يحسن ان يحفظ الفاتحة أو يدغم فيها أي حرفا لا يدغم كإدغام هاء لله في راء رب و هو الارت أو يبدل منها حرفا لا يبدل و هو إلا لثغ لحديث ليؤمكم اقرؤكم رواه البخاري و أبو داود و قال الزهري مضت ،لسنة ان لا يؤم الناس من ليس معه من القران شيء و لأنه بصدد تحمل القراءة عن المأموم إلا ضاد المغضوب و ضاد الضالين بالظاء

---

(١) ".

"ويحرم احضار يهودي في سبته وتحريمه أي السبت على اليهود باق فيستثنى شرعا من عمل في إجارة لحديث النسائي والترمذي وصححه

وأنتم يهود عليكم خاصة أن لا تعدوا في السبت ويجب الحكم بين مسلم وذمي لانصاف المسلم من غيره أورده عن ظلمه ولأن في تركه تضييعا للحق فتعين فعله ويلزمهم أي أهل الذمة حكمنا فلا يملكون رده ولا نقضه فيلزمهم قبول ما يحكم به عليهم من أداء حق أو ترك محرم ولا يفسخ بيع فاسد تقابضاه ولو أسلموا أو لم يحكم به حاكمهم لتمامه قبل الترافع الينا أو الإسلام فأقروا عليه كأنكحتهم فإن يتقابضاه فسخ حكم به حاكمهم أولا لفساده وعدم تمامه وحكم حاكمهم به **وجوده كعدمه** وكذا سائر حكم عقودهم ومقاسمتهم والذمي إن عامل بالربا وباع الخمر والخنزير ثم أسلم والمال بيده لم يلزمه أن يخرج منه نصا لأنه مضى في حال كفره أشبه نكاحه في الكفر إذا أسلم ويمنعون أي أهل الذمة من شراء مصحف وكتب حديث وفقه لأنه يتضمن ابتذال ذلك بأيديهم فإن فعلوا لم يصح الشراء ويمنعون من التبايع بالربا في أسواقنا

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢٧٦/١

لأنه عائد بفساد نقدنا ومن إظهار بيع مأكول في نهار رمضان كشواء ذكره القاضي فصل وان تهود نصراني لم يقر أو تنصر يهودي لم يقر

لأنه أنتقل إلى دين باطل قد أقر ببطلانه فلم يقر عليه كالمرتد ولا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه لأنه أقر عليه أولا فيقر عليه ثانيا فإن أبى ما كان عليه من الدين أو أبي الإسلام هدد وحبس وضرب حتى يسلم أو يرجع إلى دينه الذي كان عليه ولا يقتل لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب ولأنه مختلف فيه فلا يقتل للشبهة وإن انتقلا أي اليهودي والنصراني إلى غير دين أهل الكتاب لم يقرا أو انتقل مجوسي إلى غير دين أهل الكتاب لم يقر لأنه أدنى من دينه أشبه المسلم إذا ارتد ولم يقبل منه إلا الإسلام نصا لأن غير الإسلام أديان باطلة قد أقر ببطلانها

---

(١) ".

"و اشتراط رده أي المبيع بعيب قديم يجده به ولا أثر له أي للشرط الذي يقتضيه البيع **فوجوده كعدمه** النوع الثاني ما كان من مصلحته أي المشترط له كتأجيل كل الثمن أو بعضه إلى أجل معين أو نقد الثمن مع غيبة المبيع المنقول عن البلاد أو بعده أو اشتراط رهن أو ضمين به أي الثمن معينين أي الرهن والضمين وكذا شرط كفيل ببدن مشتر ويدخل فيه لو باعه وشرط عليه رهن المبيع على ثمنه فيصح نصا فإذا قال بعتك هذا العبد بكذا على أن ترهننيه على ثمنه فقال اشتريته ورهنتك صح الشراء والرهن أو يشترط المشتري صفة في مبيع ككون العبد المبيع كاتبا أو فحلا أو خصيا أو صانعا أي خياطا ونحوه أو مسلما وكون الأمة بكرا أو تحيض وكون الدابة هملاجة بكسر الهاء اي تمشي الهملجة وهي مشية سهلة في سرعة أو كون الدابة لبونا أي ذات لبن أو كونها حاملا وكون الفهد أو البازي صيودا أي معلم الصيد وكون الأرض المبيعة خراجها كذا في كل سنة وكون الطائر المبيع مصوتا أو يبيض أو يجيء من مسافة معلومة لأن في اشتراط هذه الصفات قصدا صحيحا وتختلف الرغبات باختلافها فلولا صحة أشتراطها لفاتت الحكمة التي لأجلها شرع البيع وكذا لو شرط صياح الطائر في وقت معلوم كعند الصباح أو المساء ولا يصح اشتراط أن يوقظه للصلاة أو أنه يصيح عند دخول أوقات الصلاة لتعذر الوفاء به ولا كون الكبش نطاحا أو الديك منافرا أو الأمة مغنية أو البهيمة تحلب في كل يوم قدرا معلوما أو الحامل تلد في وقت بعينه لأنه إما محرم أو لا يمكن الوفاء به ويلزم الشرط الصحيح فإن وفى به أي حصل للمشتري شرطه فلا فسخ وإلا يوف به

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ١/٦٦٩

فله الفسخ لفقد الشرط لحديث المؤمنون عند شروطهم أو أرش فقد الصفة المشروطة إن لم ينفسخ كأرش عيب ظهر عليه وإن تعذر رد لنحو تلف مبيع تعين ارش فقد الصفة كمعيب تعذر رده وإن أخبر بائع مشتريا بصفة في مبيع يرغب فيه لها فصدقه مشتر بلا شرط بأن اشترى ولم يشترطها فبان فقدها فلا خيار له لأنه مقصر بعدم الشرط أو شرط مشتر الأمة المبيعة ثيبا أو كافرة أو هما اي ثيبا كافرة أو شرطها سبطة الشعر أو شرطها

"(١).

"فعليه ضمانه لأنه كغاصب أو كان المبيع ثمرا على شجر على ما يأتي أو كان مبيعا بصفة أو رؤية متقدمة فتلفه من ضمان بائع لأنه يتعلق به حق توفية أشبه ما لو اشترى بنحو كيل وما لا يصح تصرف مشتر فيه كمبيع بنحو كيل أو بصفة أو رؤية متقدمة ينفسخ العقد بتلفه بآفة قبل قبضه لما تقدم وإن تلف بفعل آدمي فعلى ما سبق وثمن ليس في ذمته من ثمن وهو المعين كمثمن في حكمه السابق فلو اشترى شاة بشعير فأكلته قبل قبضه فإن لم تكن بيد أحد انفسخ البيع وإن كانت بيد بائع فكقبضه وإن كانت بيد مشتر أو أجنبي خير بائع كما مر وما في الذمة من ثمن أو مثمن له أخذ بدله إن تلف قبل قبضه ويصح بيعه وهبته لمن هو عليه غير سلم ويأتي لاستقراره في ذمته وحكم كل عوض ملك بعقد موصوف بأنه ينفسخ بهلاكه أي العوض قبل قبضه كأجرة معينة في إجارة وعوض معين في صلح بمعنى بيع وتقدم ونحوهما كعوض معين شرط في هبة حكم عوض في بيع في جواز التصرف إن لم يحتج لحق توفية ولم يكن بصفة أو رؤية متقدمة وفي منعه أي التصرف فيما يحتاج لحق توفية أو كان بصفة أو رؤية متقدمة وكذا حكم ما أي عوض لا ينفسخ عقده بهلاكه قبل قبضه كعوض خلع وعتق وكمهر ومصالح به عن دم عمد وأرش جناية وقيمة متلف ونحوه كعوض طلاق في جواز التصرف فيه قبل قبضه ومنعه إلحاقا له بعقد البيع لكن يجب على الباذل إن تلف بآفة سماوية وإلا فعلى متلفه بتلفه أي العوض الذي لا ينفسخ العقد بهلاكه مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان متفوما لبقاء العقد وتعذر تسليمه ولو تعين ملكه أي الجائز التصرف في موروث أو وصية أو غنيمة فله التصرف فيه قبل قبضه لتمام ملكه عليه وعدم توهم غرر الفسخ فيه وكذا وديعة ومال شركة وعارية فيجوز التصرف فيها قبل قبضها لما تقدم وما أي مبيع قبضه بمجلس عقده شرط لبقاء صحة عقده كصرف ورأس مال سلم لا يصح تصرفه فيه قبل قبضه لأن ملكه عليه غير تام أشبه ملك غيره ويحرم

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٢٨

ولا يصح تصرف في مقبوض بعقد فاسد لأن **وجوده كعدمه** فلا ينتقل الملك به ويضمن هو أي المبيع المقبوض بعقد فاسد كمغصوب ويضمن زيادته من ولد وثمرة وكسب وغيرها كمغصوب لحصوله بيده بغير إذن الشرع أشبه المغصوب وعليه

---

(١) ".

"الخلقة في المعدن وحمل عليه تراب الصاغة ولا يصح بجنسه للجهل بالتساوي ويصح بيع ما موه بنقد من دار ونحوها كباب وشباك بجنسه أي النقد المموه به وبيع نخل عليه تمر أو رطب بمثله أي بنخل عليه تمر أو رطب أو بيع نخل عليه تمر ب تمر أو رطب لأن الربوي في ذلك غير مقصود بالبيع **فوجوده كعدمه** وكذا خل تمر بخل تمر ونحوه وكذا عبد له مال إذا اشتراه بثمن من جنس ماله واشترطه ان لم يقصده ولا يصح بيع ربوي بجنسه ومعهما أي العوضين أو مع أحدهما من غير جنسهما كمد عجوة ودرهم بمثلهما أي بمد عجوة ودرهم ولو أن المدين والدرهمين من نوع واحد أو بيع مد عجوة ودرهم بمدين من عجوة أو بدرهمين وكبيع محلي بذهب بذهب أو محلي بفضة بفضة وتسمى مسألة مدعجوة ودرهم لأنها مثلت بذلك ونص على عدم جوازها لحديث فضالة بن عبيد أتي النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا حتى تميز بينهما قال فرده حتى ميز بينهما رواه أبو داود ولمسلم أنه صلى الله عليه وسلم أمر بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم الذهب بالذهب وزنا بوزن ومأخذ البطلان سد ذريعة الربا لأنه قد يتخذ حيلة على الربا الصريح كبيع مائة في كيس بمائتين جعلا للمائة الثانية في مقابلة الكيس وقد لا يساوي درهما أو أن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفي القيمة قسط الثمن على قيمتهما فهو من باب التوزيع على الجمل وهو يؤدي إما إلى يقين التفاضل أو إلى الجهل بالتساوي وكلاهما يبطل العقد في باب الربا إلا أن يكون ما مع الربوي يسيرا لا يقصد بعقد كخبز فيه ملح بمثله أي بخبز فيه ملح و كخبز بملح لأن الملح في الخبز لا يؤثر في وزن **فوجوده كعدمه** ويصح قوله أعطني بنصف هذا الدرهم نصفا من درهم وبالنصف الآخر فلوسا أو حاجة كلحم أو قوله أعطني به أي الدرهم نصفا وفلوسا ونحوه كدفع دينار ليأخذ بنصفه نصفا وبنصفه فلوسا أو حاجة لوجود التساوي لأن قيمة النصف في الدراهم كقيمة النصف مع الفلوس أو

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٦٠

الحاجة وقيمة الفلوس أو الحاجة كقيمة النصف الآخر ويصح قوله لصائغ صغ لي خاتما من فضة وزنه درهم أعطيك مثل زنته وأعطيك أجرتك درهما وللصائغ أخذ

". (١)

"وبعضه مؤجل كالبيع وإباحته أي العوض لما تقدم وهو أي العوض أي بذله تمليك للسابق بشرط سبقه ولهذا قال في الانتصار في شركة العنان القياس لا يصح الشرط الخامس الخروج بالعوض عن شبه قمار بكسر القاف يقال قامرة قمارا ومقامرة فقمره اذا راهنه فغلبه بأن لا يخرج جميعهم العوض لأنه إذا أخرجه كل منهم لم يخل عن أن يغنم أو يغرم وهو شبه القمار فإن كان الجعل من الإمام على أن من سبق فهو له جاز ولو من بيت المال لأن فيه مصلحة وحثا على تعلم الجهاد ونفعا للمسلمين أو كان الجعل من غيره أي الإمام علي أن من سبق فهو له جاز لما فيه من المصلحة والقربة كما لو اشترى به سلاحا أو خيلا أو كان الجعل من أحدهما أي المتسابقين أو من إثنين فأكثر منهم إذا كثروا وثم من لم يخرج على أن من سبق أخذه جاز لأنه إذا جاز بذله من غيرهم فأولى أن يجوز من بعضهم فإن جاءا أي المتسابقان منتهي الغاية معا فلا شيء لهما من الجعل لأنه لم يسبق أحدهما الآخر وإن سبق مخرج عوض أحرزه ولم يأخذ من صاحبه شيئا لئلا يكون قمارا وإن سبق الآخر الذي لم يخرج أحرز سبق صاحبه فملكه كسائر ماله كالعوض في الجعالة إذا وفى بالعمل فإن كان عينا أخذه وإن كان في الذمة فدين يقضي به عليه ويجبر عليه إن كان موسرا وإن افلس ضرب به مع الغرماء وإن أخرجا أي المتسابقان معالم يجز تساويا أو تفاضلا لأنه قمار إذ لا يخلو كل منهما عن أن يغنم أو يغرم إلا بمحلل لا يخرج شيئا ولا يجوز كون محلل أكثر من واحد لدفع الحاجة به يكافىء مركوبه أي المحلل مركوبيهما في المسابقة أو يكافىء رميه رميهما في المناضلة لحديث أبي هريرة مرفوعا من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس قمارا ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار رواه أبو داود ولأن غير المكافىء **وجوده كعدمه** فإن سبقاه أي سبق المخرجان المحلل ولم يسبق أحدهما الآخر أحرزا سبقيهما أي أحرز كل منهما سبقه لأنه لا سابق منهما ولا شيء للمحلل لأنه لم يسبق أحدهما ولم يأخذا منه شيئا لئلا يكون قمارا وإن سبق هو أي المحلل المخرجين أحرز السبقين أو سبق أحدهما أي أحد المخرجين صاحبه والمحلل أحرز السبقين لوجود شرطه وإن سبقا أي المحلل وأحد المخرجين

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٧٠

". [1]

" فصل وشرط المناضلة أربعة شروط

أحدها كونها على من يحسن الرمي لأن الغرض معرفة الحذق به ومن لا حذق له **وجوده كعدمه** وتبطل مناضلة بين حزبين إذا كان في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي فيمن لا يحسنه من أحد الحزبين ويخرج مثله أي من جعل بإزاته من الحزب الآخر إذا كان كل واحد من الرئيسين يختار إنسانا والآخر في مقابلته آخر فمن لا يحسن الرمي بطل العقد فيه وأخرج مقابله كالبيع إذا بطل في بعض المبيع سقط ما قابله من الثمن ولهم أي الباقين الفسخ ان أحبوا لتبعيض الصفقة في حقهم وإن تعاقدوا ليقتسموا بعد العقد حزبين أي ليعين رئيس كل حزب معه برضاهم لا بقرعة صح لأن القرعة قد تقع على الحذاق في أحد الحزبين وعلى الكوادن في الآخر فيبطل مقصود النضال ولأنها إنما تخرج المبهمات والعقد لا يتم حتى يتميز كل حزب ويجعل لكل حزب رئيس فيختار أحدهما أي أحد الرئيسين واحدا من الرماة يكون معه ثم يختار الآخر من الرئيسين آخر من الرماة حتى يفرغا فيتم العقد على المعينين بالإختيار إذن ولا يجوز اختيار كل منهما أكثر من واحد واحد لأن اختيار اثنين إثنين فأكثر يبعد من التساوي والعدل وإن تشاحا فيمن يبدأ من الرئيسين بالخيرة اقترعا فمن خرجت له القرعة اختار أولا إذ القرعة تميز المستحق بعد ثبوت الاستحقاق لغير معين وتساوي أهله ولا يجوز جعل رئيس الحزبين واحدا لأنه لا يضره أي الحزبين سبق لتدبيره لهما فيفوت مقصود المناضلة ولا يجوز جعل الخيرة في تمييزهما أي الحزبين إليه أي إلى واحد لما تقدم وإن أرادوا القرعة لاخراج الزعيمين جاز لقلة الغرر ولا يشترط إستواء عدد الرماة فيجوز أن يكون أحد الحزبين عشرة والآخر ثمانية ونحوه الشرط الثاني معرفة عدد الرمي لئلا يودي الى الاختلاف فقد يريد أحدهما القطع ويريد الآخر الزيادة والرشق بكسر الراء عدد الرمي وبفتحها مصدر رشق الشيء رشقا ومعرفة عدد الإصابة لتبين مقصود المناضلة وهو الحذق فيقال مثلا الرشق عشرون والإصابة خمسة ونحوها

". [2]

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٢٧٩

(٢) شرح منتهى الإرادات، ٢/٢٨٢

"يمكنه أداؤه سقطت أو أخرهما لاظهار بائع ومشتر أو أحدهما أو مخبر الشفيع زيادة ثمن عما وقع عليه العقد أو لاظهار أحد ممن ذكر نقص مبيع أو لإظهار هبته أي المبيع أي أنه موهوب أو لإظهار أن المشتري غيره أي غير المشتري حقيقة أو أخر شفيع الطلب أو الإشهاد عليه لتكذيب مخبر له لا يقبل خبره فهو على شفعته فلا تسقط بالتأخير لذلك لأنه إما معذور أو غير عالم بالحال على وجهه كما لو لم يعلم مطلقا ولأن خبر من لا يقبل خبره مع عدم تصديق شفيع له **وجوده كعدمه** فإن صدقه سقطت شفعته لاعترافه بوقوع البيع وتأخيره له كما لو أخبره ثقة فلم يصدقه فإن أخبر بثمن فلم يطالب ثم ظهر أن الثمن أكثر مما أخبر به سقطت لأن من لا يرضى بالقليل لا يرضى بالكثير وعلم منه أن المريض مرضا يسيرا لا يمنعه طلب الشفعة والمحبوس بحق يمكنه أداؤه إذا أباه تسقط شفعته لأنه غير معذور وإن ظهر أنه اشتراه بدراهم وكان اشتراه بدنانير أو بالعكس فكإظهار زيادة ثمن لأنه قد يملك ما وقع عليه العقد دون الاخر وكما لو وقع بنقد فأظهر أنه بعرض ومثل ما إذا أظهر إن المشتري غيره ما لو أظهر أن فلانا اشتراه وحده فبان أنه اشتراه هو وآخر عكسه لأنه قد يرضى بشركة إنسان دون غيره وقد يحابي إنسانا أو يخافه فيترك الشفعة لذلك وتسقط شفعته إن كذب مخبرا له مقبولا خبره ولو واحدا لأنه خبر عدل يجب قبوله في الرواية والفتيا والأخبار الدينية أشبه ما لو أخبره أكثر من عدل أو قال شفيع لمشتر لشقص بعنيه أو أكرنيه أو قاسمني أو صالحني عليه أو هبه لي أو ائتمني عليه أو اشتريته رخيصا ونحوه كاشتريت غاليا أو بأكثر مما أعطيت لأن هذا وشبهه دليل رضاه بشرائه وتركه للشفعة وكذا لو قيل له شريكك باع نصيبه من زيد فقال إن باعني زيد وإلا فلي الشفعة قدمه الحارثي وكذا قوله لمشتر بعه ممن شئت ونحوه ولا تسقط شفعته إن عمل دلالا بينهما أي بين شريكه والمشتري وهو السفير أو توكل الشفيع لأحدهما في البيع أو جعل له أي الشفيع الخيار في البيع فاختار امضاءه أو رضي به أي المبيع أو ضمن شفيع لبائع ثمنه أي الشقص المبيع لأن ذلك سبب ثبوت الشفعة فلا تسقط به كالإذن في البيع ولأن المسقط لها الرضا بتركها بعد وجوبها ولم يوجد أو سلم الشفيع عليه أى على المشتري قبل

". (١)

"الأخ لأبوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فابن أخ لأبوين فابن أخ لأب وإن سفلا أي ابن الأخ لأبوين أو لأب ويقدم منهم الأقرب فالأقرب فعم لأبوين فعم لأب ثم بنوهما أي العمين لأبوين ولأب

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٣٣٩

كذلك أي وإن سفلوا يقدم ابن العم لأبوين على ابن العم لأب ثم اقرب عصبة نسب كعم الأب ثم بنيه ثم عم الجد ثم بنيه كذلك وان علوا كالارث أي ترتيب الولاية بعد اخوة على ترتيب الميراث بالتعصيب فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية فلا يلي بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه وان نزلت درجتهم وأولى ولد كل أب أقربهم إليه لأن مبنى الولاية على الشفقة والنظر ومظنتها القرابة فأقربهم أشفقهم ولا ولاية لغير العصبات كالأخ لأم وعم لأم وبنيه والخال وأبي الأم ونحوهم نصا لقول علي إذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى يعني إذا أدركن رواه أبو عبيد في الغريب ولأن من ليس من عصبتها شبيه بالأجنبي منها ثم يلي نكاح حرة عند عدم عصبتها من النسب المولى المنعم أي المعتق لانه يرثها ويعقل عنها فكان له تزويجها وقدم عليه عصبة النسب كما قدموا عليه في الإرث ثم عصبته أي المولى المعتق بعده الأقرب منهم فالأقرب كالميراث ثم مولى المولي ثم عصباته كذلك أبدا ثم عند عدم عصبة النسب والولاء يلي نكاح حرة السلطان وهو الإمام الأعظم أو نائبه قال أحمد والقاضي أحب إلي من الامير في هذا ولو من بغاة إذا استولوا على بلد فيجري فيه حكم سلطانهم وقاضيهم مجرى إمام وقاضيه قال الشيخ تقي الدين تزويج الأيامى فرض كفاية إجماعا فإن أباه حاكم لا بظلم كطلبه جعلا لا يستحقه صار **وجوده كعدمه** فإن عدم الكل أي عصبة النسب والولاء والسلطان ونائبه من المحل الذي به الحرة زوجها ذو سلطان في مكانها كعضل أوليائها مع عدم إمام ونائبه في مكانه والعضل الامتناع من تزويجها يقال داء عضال إذا أعيا الطبيب دواؤه وامتنع عليه فإن تعذر ذو سلطان في مكانها وكلت عدلا في ذلك المكان يزوجها قال أحمد في دهقان قرية يزوج من لا ولي لها إذا احتاط لها في الكفؤ والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض لأن اشتراط الولي في هذا الحال يمنع النكاح بالكلية وولى أمة ولو كانت الأمة آبقة سيدها لأنه مالكها له التصرف في رقبتها

".(١)

"نطقه في جميع العقود فإن كان الأقرب من أولياء الحرة طفلا أو كافرا أو فاسقا أو عبدا أو اتصف الأقرب بصفات الولاية لكن عضل بأن منعها كفؤا رضيته ورغب فيها بما صح مهرا أي ولو كان دون مهر المثل لرضاها به حينئذ ويفسق الولي به أي العضل إن تكرر منه أو غاب الأقرب غيبة منقطعة وهي أي الغيبة المنقطعة مالا تقطع إلا بكلفة ومشقة قال في الإقناع وتكون فوق مسافة القصر أو جعل مكانه أي الأقرب أو تعذرت مراجعته أي الأقرب بأسر أو حبس ونحوهما زوج امرأة حرة أبعد أوليائها أي من يلي

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٦٣٩

الأقرب المذكور في الولاية أما فيما إذا كان الأقرب طفلا أو كافرا وهي مسلمة أو فاسقا أو عبدا فلعدم ثبوت الولاية للأقرب مع اتصافه بما ذكر **فوجوده كعدمه** وأما مع عضل الأقرب أو غيبته الغيبة المذكورة أو تعذر مراجعته فلتعذر التزويج من جهته أشبه ما لو جن فإن عضلوا كلهم زوجها الحاكم وزوج أمة غاب سيدها أو تعذرت مراجعته بنحو أسر حاكم لأن له النظر في مال الغائب ومحوه وإن زوج امرأة حاكم مع وجود وليها لم يصح أو زوجها ولي أبعد بلا عذر للأقرب إليها منه لم يصح النكاح إذ لا ولاية للحاكم الأبعد مع من هو أحق منهما أشبها الأجنبي فلو كان الأقرب عند تزويج الحاكم والأبعد لا يعلم أنه عصبة ثم علم بعد العقد لم يعد أو كان المعهود عدم أهلية الأقرب لصغر ونحوه ولم يعلم أنه صار أهلا ببلوغه ونحوه ثم علم بعد العقد لم يعد أو كان الأقرب مجنونا مثلا ولم يعلم عند التزويج أنه عاد أهلا فزوج بعد مناف كالجنون ثم علم أنه عاد أهلا بعد تزويجها لم يعد العقد أو استلحق بنت ملاعنة أب بعد عقد وليها عليها لم يعد العقد استصحابا للأصل في جميع هذه الصور ويلي كتابي نكاح موليته كبنته وأخته الكتابية لقوله تعالى ٨ ﴿ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ﴾ حتى في تزويجها من مسلم لأنه وليها فصح أن يزوجها منه كما لو زوجها من كافر ويباشره أي النكاح لأنه وليها أشبه ما لو زوجها من كافر ويشترط فيه أي في كافر يزوج موليته الكافرة شروط الولي المسلم من الذكورية والتكليف وغيرهما

(١) ".

"نكاح بعضهن فاسد وجهل وإن أسلم كافر وتحته أختان أو امرأة وعمتها ونحوه فأسلمتا معه أو في العدة إن دخل بهما أو لم تسلما وهما كتابيتان اختار منهما واحدة لما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال أسلمت وعندي امرأتان أختان فأمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أطلق إحداهما رواه الخمسة وفي لفظ الترمذي اختر أيتها شئت ولأن المبقاة يجوز له ابتداء نكاحها فجاز له استدامته كغيرها ولأن أنكحة الكفار صحيحة وإنما حرم الجمع وقد أزالة ولا مهر للمفارقة منها قبل الدخول لما تقدم فيما زاد عن أربع ولأن النكاح ارتفع من أصله لأنه ممنوع من ابتدائه **فوجوده كعدمه** وإن كانتا أي من أسلم كافر عليهما أما وبنتا وأسلمتا أو إحداهما أو كانتا كتابيتين فسد نكاحهما إن كان دخل بالأم أما الأم فلقوله تعالى ﴿ وأمهات نسائكم ﴾ وهذه أم زوجته فتدخل في عمومها ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها إذا أسلم فاذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها من باب أولى وأما البنت فلأنها ربيبة دخل بأمها وحكاه ابن المنذر

(١) شرح منتهى الإرادات، ٦٤١/٢

إجماعا وإلا يكن دخل بالأم فنكاحها أي الأم يفسد وحدها لتحريمها بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد فلم يمكن اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها فتعين النكاح فيها بخلاف الاختين

فصل وان أسلم حر وتحته زوجات اماء أكثر من أربع فأسلمن معه

قبل الدخول بهن أو بعده أو أسلمن في العدة إن كان دخل أو خلا بهن مطلقا أي سواء أسلمن قبله أو بعده لأن العدة حيث وجبت لم تشترط المعية في الإسلام اختار منهن إن جاز نكاحهن أي الإماء إن كان عادم الطول خائف العنت وقت اجتماع إسلامه بإسلامهن تنزيلا له منزلة ابتداء العقد فيختار منهن واحدة إن كانت تعفه فإن لم تعفنه اختار من يعفه منهن إلى أربع وإلا يجر له نكاحهن وقت اجتماع إسلامه بإسلامهن فسد نكاحهن لأنهم لو كانوا جمعيا مسلمين لم يجز ابتداء نكاح واحدة منهن فكذا استدامته فإن كان زوج الإماء موسرا قبل إسلامهن فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار حيث خاف العنت اعتبارا بوقت

." (١)

"الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه النساء قسمين فدل على اختصاص كل قسم بحكمه وإن فرض لها ما يصح فرضه فكالمسمى ينتصف بنحو طلاق قبل دخول ولا متعة معه وكذا لا متعة لمطلقة بعد دخول مطلقا وحيث لا تجب المتعة للمطلقة فهي مستحبة (ومهر المثل معتبر بمن يساويها من جميع أقاربها) أي المفوضة (كأم وخالة وعمه وغيرهن) كأخت وبنت أخ أو عم (القربى فالقربى) لقوله في حديث ابن مسعود ولها صداق نسائها فإن المرأة تنكح لحسبها للأثر وحسبها يختص به أقاربها ويزاد المهر لذلك ويقل لعدمه ويعتبر التساوي (في مال وجمال وعقل وأدب وسن وبكارة أو ثيوبة وبلد) وصراحة نسب وكل ما يختلف لأجله المهر لأن مهر المثل بدل متلف وهذه الصفات مقصودة فيه فاعتبرت (فإن لم يكن) في نسائها (إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها لأن زيادة فضيلتها تقتضي زيادة مهرها) فتقدر الزيادة بقدر الفضيلة (أو) لم يوجد في نسائها (إلا فوقها نقصت بقدر نقصها) كأرش عيب يقدر بقدر نقص المبيع (وتعتبر عادة) نسائها (في تأجيل) مهر أو بعضه (وغيره) كالتخفيف عن عشيرتهن دون غيرهم وكذا لو كان عادتهم التخفيف لنحو شرف زوج أو يساره اجراء لها على عادتهن (فإن اختلفت) عادتهن (أو) اختلف (المهور أخذ) بمهر (وسط حال) من نقد البلد فإن تعدد فمن غالبه كقيم

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢/٦٨٩

المتلفات (وإن لم يكن لها أقارب) من النساء (اعتبر شبهها بنساء بلدها فإن عدمن أي نساء بلدها (ف) الاعتبار (بأقرب النساء شبها بها من أقرب بلد إليها) لأن الاضافة في قوله ولها صداق نسائها لأدنى ملابسة فلما تعذر أقاربها اعتبر أقرب النساء شبها بها من غيرهن كما تعتبر القرابة البعيدة عند عدم القرابة القريبة فصل ولا مهر بفرقة قبل دخول

أو خلوة (في نكاح فاسد ولو بطلاق أو موت) لأن العقد الفاسد **وجوده كعدمه** ولم يستوف المعقود عليه أشبه البيع الفاسد والإجارة الفاسدة إذا لم يتسلم (وإن دخل) أي وطئ في النكاح الفاسد (أو خلا بها) فيه (استقر) عليه المهر (المسمى) نصا لما

". (١)

"(شفاف) لا يحجب ما وراءه (طلقت) لوجود الصفة بحقيقة رؤيتها فإن كان الزجاج غير شفاف وكان فيه لم يحنث لعدم رؤيتها له للحائل (إلا مع نية أو قرينة) تخص الرؤية بحال فلا تطلق إذا رأته في غيرها (ولا تطلق إن رأت خياله في ماء أو في مرآة أو جالسة عمياء) لأنها لم تره إلا أن تكون نيته ان تجتمع ا يجتمع معه فيحنث أن جالسته عمياء (و) إن قال ٠ من بشرتني أو أخبرتني بقدوم أخي فهي طالق فأخبره) به (عدد) اثنان فأكثر من نسائه (معا طلقن) ذلك العدد لوقوع لفظه من على الواحد فأكثر قال الله تعالى ﴿ فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ﴾ وإلا يبشرنه أو يخبرنه معا بل مرتبات (فسابقة صدقت) تطلق لأن التبشير حصل بإخبارها خبر صدق تتغير به بشرة الوجه من سرور أوغم والخبر الكاذب وما بعد علم المخبر **وجوده كعدمه** (وإلا) تصدق السابقة (فأول صادقة) منهن تطلق لأن السرور أو الغم إنما يحصل بخبرها

(فائدة) لو قال إن ظننت كذبي فأنت طالق فظننته به طلقت لا يقال الظن لا ينتج قطعيا فكيف تطلق لأن المعنى إن حصل لك الظن بكذا الخ والحصول قطعي فينتج قطعيا (ومن حلف عن شيء) لا يفعله (ثم فعله مكرها) لم يحنث نصا لعدم إضافة الفعل إليه (أو) فعله (مجنونا أو مغمي عليه أو نائما لم يحنث) لأنه مغطى على عقله (و أن فعله (ناسيا) لحلفه (أو جاهلا) أنه المحلوف عليه أو الحنث به كمن حلف لا يدخل دار زيد فدخلها جاهلا أنها دار زيد أو جاهلا الحنث إذا دخل وكذا لو حلف لا يبيع ثوب فدفعه زيد لآخر ليدفعه لمن يبيعه فدفعه للحالف فباعه غير عالم يحنث في طلاقه وعتقه فقط (

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٢٨/٣

أو عقدها) أي اليمين (يظن صدق نفسه) كمن حلف لا فعلت كذا ظانا أنه لم يفعله (فبان بخلافه يحنث في) حلفه (بطلاق وعتق) لأن كلا منهما معلق بشرط وقد وجد ولأنه تعلق به حق آدمي كالاتلاف (فقط) أي دون اليمين المكفرة فلا يحنث فيها نصا لأنه محض الله تعالى فيدخل في حديث عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان (و) إن حلف عن شيء (ليفعلنه) كليقومن (فتركه مكرها) على تركه لم يحنث لأن الترك لا يضاف إليه (أو) تركه (ناسيا لم يحنث) قطع به في التنقيح ومقتضى كلام جماعة يحنث في طلاق وعتق كالتي قبلها وقطع به في الأقناع وقد

(١) ".

"برفعه لمن يلي بعده ولو لم يعلم حالف به أي المنكر إلا بعد علم الوالي بالمنكر سواء عينه في حلفه أو لم يعينه فات البر لدلالة الحال على إرادة إعلامه به قبل أن يعلمه ولم يحنث كما لو رآه الحالف معه أي الوالي فيفوت البر ولا حنث لأن الحالف معذور بعدم تمكنه من الرفع كالمكره و إن حلف للص لا يخبر به أو يغمز عليه فسئل عمن هو معهم فبرأهم دونه لينبه عليه حنث لقيام ذلك مقام الإخبار به أو الغمز عليه إن لم ينو حالف حقيقة النطق أو الغمز فإن نواهما فلا حنث بذلك لأنه لم يفعل ما حلف عليه و من حلف ليتزوجن يبر بعقد نكاح صحيح لا فاسد لأن الزوجة لا تحل به فوجوده كعدمه وإن حلف ليتزوجن عليها أي على زوجته ولا نية ولا سبب هيج يمينه يبر بدخوله ب زوجته نظيرتها نصا لأن ظاهر اليمين قصد إغارتها بذلك والتضييق عليها في حقوقها من قسم وغيره وذلك لا يحصل بدون من يساويها في حق القسم والنفقة ولا يجب ذلك إلا بالدخول فلا يحصل مقصود اليمين بدونه أو بدخوله بمن تغمها أو تتأذى بها ظاهره وإن لم تكن نظيرتها واعتبر في الروضة حتى في الجهاز ولم يذكر دخولا و إن حلف لامرأته ليطلقن ضرتها فطلقها طلاقا رجعيا بر لأنه طلقها و من حلف لا يكلمها هجرا فوطئها حنث لزوال الهجرة به ويزول أيضا بالسلام و إن حلف لا يأكل تمرا لحلاوته حنث بكل حلو بخلاف اعتقته لأنه أسود أو لسواده فيعتق وحده لأن العلة وهي السواد لا تطرد في كل من يعتق فقد يكون العتيق أبيض بخلاف العلة في التمر وهي الحلاوة لاطرادها في كل حلو يؤكل وقال القاضي وأبو خطاب لأن علته يجوز أن تنتقض وقوله لا يطرد أو أي وبخلاف قوله لوكيله أعتقه أي عبدي فلانا لأنه أسود أو لسواده فلا يتجاوزه بالعتق لجواز المناقضة عليه والبذا وإن قال لشخص إذا أمرتك بشيء لعلة فقس عليه كل شيء من مالي وجدت فيه تلك العلة ثم قال

(١) شرح منتهى الإرادات، ٣/١٣٦

أعتق عبدي فلانا لأنه اسود صح أن يعتق كل عبد له أسود وهو نظير قول صاحب الشرع لأنه تعبدنا بالقياس و إن حلف لشخص لا يعطي فلانا إبرة يريد عدم تعديه فأعطاه سكينا حنث لأن المعنى منعه من إعطائه ما يتعدى به وقد وجد بإعطاء

". (١)

"السكين و إن حلف لا يكلم زيدا لشربه الخمر فكلمه وقد تركه أي شرب الخمر لم يحنث لدلالة الحال على أن المراد ما دام يشربه وقد انقطع ذلك ولا يقبل تعليل بكذب لأن **وجوده كعدمه** فمن قال لقنه وهو أي قنه أكبر منه أنت حر لأنك ابني ونحوه كأن كان أصغر منه فقال له أنت حر لأنك أبي أو قال لامرأته وهي أصغر منه أنت طالق لأنك جدتي وقعا أي العتق والطلاق لصدورهما من أهلهما في محلهما فصل فإن عدم ذلك

أي ما تقدم ذكره من النية والسبب رجع إلى التعيين لأنه أبلغ من دلالة الاسم على مسماه لنفيه الإبهام بالكلية فمن حلف لا يدخل دار فلان هذه فدخلها وقد باعها أو دخلها وهي فضاء أو وهي مسجد أو وهي حمام أو لا لبست هذا القميص فلبسه وهو رداء أو لبسه وهو عمامة أو وهو سراويل حنث أو حلف لا كلمت هذا الصبي فصار شيخا أو حلف لاكلمت امرأة فلان هذه أو حلف لا كلمت عبد أي عبده فلان هذا أو حلف لا كلمت صديقه هذا فزال ذلك بأن بانت الزوجة وزال ملكه للعبد وصداقته للمعين ثم كلمهم حنث أو حلف لا أكلت لحم هذا الحمل بفتح الحاء المهملة والميم فصار كبشا أو حلف لا أكلت هذا الرطب فصار تمرا أو صار دبسا أو خلا أو حلف لا أكلت هذا اللبن فصار جبنا ونحوه بأن صار أقطا ثم أكله ولا نية له ولا سبب يخص الحالة الأولى حنث لبقاء عين المحلوف عليه كحلفه لا لبست هذا الغزل فصار ثوبا كقوله والله لا دخلت دار فلان فقط أي ولم يقل هذه أو أي وكقوله لا أكلت هذا التمر الحديث فعتق أو لاكلمت هذا الرجل الصحيح فمرض وكالسفينة إذا حلف لا يدخلها فتنقض ثم تعاد ويدخلها وكالبيضة إذا حلق لا يأكلها فتصير فرخا فيأكله وكذا لو حلف لاكلمت صاحب الطيلسان فكلمه بعد بيعه أو حلف

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٣/٤٥٤

". (١)

"وقضى في ارث الجد بقضايا مختلفة ولئلا يؤدي إلى نقض الاجتهاد بمثله وان تغير اجتهاده قبل الحكم عمل بالأخير لاعتقاده بطلان ما قبله ولا ينقض حكم بتزويجها أي المرأة نفسها ولو مع حضور وليها لاختلاف الأئمة في صحته وحديث لا نكاح الا بولي تقدم ما فيه ولا ينقض حكم لمخالفة قياس لأن من أحكام الشريعة ما ثبت على خلاف القياس ولا ينقض حكم لعدم علمه أي القاضي الخلاف في المسئلة المحكوم فيها لأن عمله ذلك لا أثر له في صحة الحكم حيث وافق الشرع و لا ينقض حكم قاض ان حكم بينة خارج وجهل علمه ببينة تقابلها أو حكم ببينة داخل وجهل علمه بسبب بينة تقابلها حيث وقع الحكم على وفق الشرع وما قلنا إنه ينقض فالناقض له حاكمه إن كان موجودا فيثبت عنده السبب المقتضي لنقضه وينقضه وجوبا ولا يعتبر لصحة نقضه طلب رب الحق نقضه لأنه حق الله تعالى وينقضه أي الحكم حاكمه إن بان ممن شهد عنده ما أي شيء لا يرى الحاكم معه قبول الشهادة ككون الشاهد من عمودي نسب مشهود له وكذا كل ما صادف ما حكم به مختلف فيه صفة لما الأولى أي لا يرى القاضي الحكم معه كبيع عبد تبين أنه منذور عتقه نذر تبرر ولم يعلمه قاض عند حكمه فينقضه إذا ثبت عنده وتنقض أحكام من أي قاض حكم لا يصلح للحكم لفقد بعض الشروط وإن وافقت الصواب لأن حكمه غير صحيح **وجوده كعدمه** وهذا في غير قضاة الضرورة ولا ينقض من أحكامهم ما وافق كما اختاره الشيخ تقي الدين لأنها ولاية شرعية وإلا لتعطلت الأحكام فصل ومن استعداه

أي القاضي على خصم البلد الذي به القاضي أي طلب منه أن يحضره له بما أي شيء تتبعه الهمة لزمه أي القاضي احضاره أي الخصم ولو لم يحرر المستعدي الدعوى نصا أو لم يعلم أن بينهما معاملة لئلا تضيع الحقوق ويقوى الظلم وقد يثبت حق الأدنى على الأرفع منه لنحو غصب أو شراء ولا يوفيه ثمنه أو ايداع

". (٢)

"

شروط صحة الوضوء

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٣/٤٥٥

(٢) شرح منتهى الإرادات، ٣/٥٠٩

"ويشترط له ولغسل نيه " الوضوء يشترط له شروط ، وأيضا هذه الشروط كما تكون في الطهارة الصغرى تكون في الطهارة الكبرى : ١ – الشرط الأول : النية ، والنية في اللغة القصد .
وفي الاصطلاح : فهي عزم القلب على فعل العبادة تقربا لله عز وجل .
ويدل لذلك حديث عمر رضي الله عنه المشهور " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ١٠٨" الحديث .. ولأن الإنسان قد يغسل أعضاءه يقصد بذلك التنظف ، وقد يقصد بذلك التبرد ونحو ذلك ، فلابد من النية التي تميز ، ومثل ذلك أيضا الغسل ، لابد له من نية لأن الإنسان يعمم بدنه بالماء قد يقصد بذلك رفع الحدث الأكبر ، وقد يقصد التبرد أو التنظف فلابد من النية التي تميز . أيضا عندنا ثلاثة شروط شرط في كل عبادة ، وهي : الإسلام ، والعقل ، والتميز ، وحتى النية شرط في كل عبادة ، فعندك الإسلام شرط ، والعقل شرط ، والتميز شرط ، فالإسلام شرط في كل عبادة ما يصح الوضوء ولا التيمم ولا الصلاة ولا الصيام من الكافر لأنه فاقد الأصل ، التوحيد ، العقل : أيضا شرط في كل عبادة ، فإذا توضأ المجنون فوضوءه لا عبرة به ، لو صام صيامه **وجوده كعدمه** لو صلى إلى آخره ، التمييز أيضا شرط في كل عبادة ، الصبي إذا كان مميز يصح وضوءه وغسله وتيممه ، وتصح عباداته ويؤجر على ذلك والأجر له .
وطهورية
ماء..
....
________________." (١)

"لا يصح فاليوم **وجوده كعدمه** لا يؤثر لأن السلم كما تقدم الفائدة منه : أن المسلم يستفيد بالثمن من المال ، والمسلم إليه يستفيد الرخص ، رخص السلع ، فإذا كان الأجل يوم يومين ونحو ذلك ما استفاد ولهذا يشترطون أن يكون الأجل له وقع في الثمن ، يعني يؤثر في الثمن ، بحيث أن المسلم يستفيد رخص السلع أما إذا كان الأجل بعد يوم أو يومين ما استفاد ، وهذا ما ذهب إليه المؤلف رحمه الله .
خلافا للظاهرية فإنهم يأخذون بالظاهر أي أجل ، لكن هذا ليس صوابا .
فإذا قلنا باشتراط الأجل فلابد أن يكون الأجل له تأثير في الثمن بحيث أن المسلم يستفيد رخص السلع .
استثنى المؤلف رحمه الله من هذا فقال :
" ويصح في نحو خبز ولحم يأخذه كل يوم "

---

(١) شرح الطهارة والصلاة من عمدة الطالب /المشيقح، ٨٣/١

يعني الأشياء التي يأخذها كل يوم يصح أن تسلم فيها ولو كان الأجل قريبا ، مثلا : تعطي الخباز مائة ريال وفيها أربعمائة خبزة لكن إذا عجلت الثمن وقلت تعطيني خمسمائة خبزة أو أربعمائة وخمسون خبزة مقابل تقديم الثمن ، فهذا يصح أن تعطيه اليوم وتأخذه منه اليوم وغدا .. إلخ .

أو مثلا الجزار تعطيه ألف ريال والألف فيها مائة كيلو من اللحم تقول له يزيدني مائة وعشرون كيلو ، فيقول المؤلف رحمه الله : يصح ولو كان الأجل قريبا في أول ما سيأخذه لأنه سيأخذ اليوم وغدا وبعد غد .

فقال المؤلف إذا كان في مثل هذه الأشياء التي يحتاجها كل يوم مثل الخبز واللحم واللبن ونحو ذلك هذه يحتاجها كل يوم ، يقول : لا بأس ولو كان الأجل قريبا .

" كذا وإن جاءه به قبل محله ، ولا ضرر لزم أخذه "

يعني إذا جاء المسلم إليه للمسلم بالمسلم فيه قبل محله يعني قبل وقت حلوله ، مثلا : اتفقا على أن يأتيه بالمسلم فيه في شهر رمضان ثم أتاه به في شهر شعبان أو في رجب ، فهل يجب عليه أن يأخذه ؟

المؤلف رحمه الله : إذا لم يكن هناك ضرر عليه فيجب عليه أن يأخذه.

ولهذا قال : ولا ضرر لزم أخذه .." (١)

" أحدهما ما قيمته خمسة عشر درهما ، وكذلك الحكم في البقر والإبل .

وقد تضمن كلام الخرقي أنه يضم نوعا الغنم بعضه إلى بعض في إكمال النصاب ، وقد حكاه ابن المنر إجماعا ، وتضمن أيضا أنه يخرج من أيهما شاء ، وأنه لا يخرج من كل [واحد ، ولكل] ما لحقه ، والله أعلم .

قال : وإن اختلط جماعة في خمس من الإبل أو ثلاثين من البقر ، أو أربعين من الغنم ، وكان مرعاهم ، ومسرحهم ، ومبيتهم ، ومحلبهم ، وفحلهم واحدا أخذت منهم الصدقة ، وتراجعوا فيما بينهم بالحصص .

ش : الخلطة تؤثر في بهيمة الأنعام ، وهي الإبل ، والبقر ، والغنم ، فتجعل المالين كالمال الواحد في الزكاة ، وفي أخذ الساعي الفرض من مال أي الخليطين شاء ، والأصل في ذلك ما تقدم في حديث أبي بكر [الصديق رضي الله عنه] (لا يجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع ، خشية الصدقة ، وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية) .

---

(١) شرح كتاب البيع من عمدة الطالب، ص/١٣٣

وعن سالم عن أبيه عبد الله بن عمر ، قال : كتب رسول الله : [كتاب الصدقة] فلم يخرجه إلى عماله حتى قبض ، فقرنه بسيفه ، فعمل به أبو بكر رضي الله عنه حتى قبض ، ثم عمل به عمر رضي الله عنه حتى قبض ، فذكره وفيه (ولا يفرق بين مجتمع ، ولا يجمع ين متفرق ، مخافة الصدقة ، وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بالسوية) رواه أبو داود وابن ماجه ، والترمذي وحسنه ، وقال البخاري : أرجو أن يكون محفوظا .

(وفيه دليلان) أحدهما : قوله : (ولا يجمع بين متفرق) أي لا يجمع الرجلان النصابين من الغنم ، ليجب عليهما في الثمانين شاة واحدة ، ولا يجمع الساعي مالي الرجلين ليوجب عليهما الزكاة ، كما إذا كان لكل واحد عشرون من الغنم ، وقوله : (ولا يفرق بين مجتمع) أي لا يفرق الرجلان ماليهما ، لتقل عليهما الزكاة ، كما إذا كان لكل واحد [منهما مثلا] مائة [و] شاة ، وخلطه فإنه يجب عليهما ثلاث شياه ، فإذا فرقاه وجب على كل واحد [منهما] شاة ، أو لا يفرق الساعي الثمانين مثلا ليوجب على كل واحد شاة . ومقتضى هذا كله أن للخلطة تأثيرا .

(الدليل الثاني) : قوله : (وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان [فيما] بينهما بالسوية) والتراجع إنما هو في خلطة الأوصاف .

إذا تقرر هذا ، فقول الخرقي : وإن اختلط جماعة . أراد بالجماعة الاثنين فصاعدا ، من الجمع وهو الضم .

وشرط الخليطين أن يكونا من أهل الزكاة ، [فلو كان أحدهما من غير أهل الزكاة] **فوجوده كعدمه**

.

" (١) .

"

(وعن أحمد) لا يقبل تفسيره في حال الغضب ، لأن القرينة تكذبه ، والمنصوص عن أحمد في رواية الجماعة وعليه عامة الأصحاب أن ذلك صريح في القذف ، فلا يقبل قوله بما يحيله ، لأن هذا اللفظ إذا أطلق لا يكاد يفهم منه إلا إتيان الذكران ، وإرادة الانتساب إلى قوم لوط بعيدة جدا ؛ إذ الظاهر أو القطع بأنهم لم يبق منهم أحد ، والاحتمال البعيد **وجوده كعدمه** ، ومن ثم بعد الشيخان قول الخرقي ،

---

(١) شرح الزركشي، ١/٣٥٧

فعلى هذا إذا قال : أردت أنك تعمل عمل قوم لوط غير إتيان الذكران ، فهل يقبل منه ، نظرا إلى أنه من باب إطلاق العام ، وإرادة الخاص ، وهو سائغ كثيرا ، أو لا يقبل ، لمخالفته الظاهر ؟ فيه وجهان . أما على قول الخرقي فيقبل منه بطريق الأولى ، لأنه إذا قبل منه صرف اللفظ عن مقتضاه عرفا ، فلأن يقبل منه إطلاق العام وإرادة الخاص أولى ، هذا هو التحقيق ، تبعا لأبي البركات ، وأبو محمد في مغنيه يبني الوجهين على روايتي الصراحة وعدمها ، فإن قلنا صريح لم يقبل وإلا قبل ، والله أعلم .

قال : وكذلك من قال يا معفوج .

ش : هذا التشبيه (يحتمل) أن يرجع إلى أصل المسألة السابقة ، فعلى هذا إن فسره بما لا يوجب الحد ، كما إذا قال : أردت أنك معفوج دون الفرج ونحوه ، قبل منه عند الخرقي ، ولم يقبل منه عند غيره ، وعلى هذا جرى الشيخان . (ويحتمل) أن يرجع إلى قوله : فهو كمن قذف بالزنا ، فيجب الحد ، ولا يقبل التفسير . ولعله أظهر ، إذ المعفوج مفعول من عفج بمعنى نكح ، فهو بمعنى منكوح أي موطوء .

(تنبيه) : قد أخذ من كلام الخرقي في هذه المسألة ، وفي التي قبلها أن الحد لا يجب إلا بلفظ صريح ، كقوله : يا زاني ، أو يأتي باللفظ الحقيقي في الجماع ، أما الألفاظ المحتملة كقوله لامرأة : يا قحبة ، أو لرجل : يا مخنث ، أو يقول لعربي : يا نبطي ، يا فارسي ، أو يعرض بالزنا ، كأن يقول لمن يخاصمه : ما أنت بزان ، ما يعرفك الناس بالزنا ، يا حلال ابن الحلال ، ونحو ذلك ، فلا يجب به الحد ، وهذا إحدى الروايتين ، واختيار أبي بكر ، وأبي محمد . (والثانية) : يجب الحد بجميع ذلك في الجملة ، وهي اختيار القاضي ، وكثير من أصحابه في التعريض ، وتحقيق الروايتين وتوجيههما له محل آخر ، والله أعلم .

قال : ولو قذف رجل فلم يقم عليه الحد حتى زنا المقذوف ، لم يزل الحد عن القاذف .

ش : نظرا إلى أن شرط وجوب الحد وهو الإحصان قد وجد ، فلا عبرة بما يطرأ بعده ، وصار هذا كما لو سرق عينا ثم ملكها ، ونحو ذلك ، وفي قوله : فلم يقم عليه الحد حتى زنى إشعار بأنه لو ثبت أنه كان زنى قبل القذف أن الحد يزول عن القاذف ، وهو كذلك ، لتبين زوال شرط الوجوب ، والله أعلم .

قال : ومن قذف عبدا أو مشركا ، أو مسلما له دون العشر سنين أو مسلمة لها

" (١) .

" ظاهر اللفظ ، ثم لا تخصيص للصيد بذلك إذ جميع ما يفعله المكلف يجب أن يذكر اسم الله تعالى فيه بأن يفعله على الوجه ذكره سبحانه ، ثم قول النبي : (فإنما سميت على كلبك ، ولم تسم على غيره) ظاهر في إبطال هذا التأويل ، وحديثا (ذبيحة المسلم حلال) ، (واسم الله على فم كل مسلم) ضعيفان عند أهل المعرفة بالحديث ، والعفو في النسيان عن الإثم ، ثم قصارى النسيان أن يجعل الموجود كالمعدوم ، كالأكل في الصوم ، والكلام في الصلاة ، ونحو ذلك ، لا أنه يجعل المعدوم كالموجود ، بدليل أن من نسي الطهارة أو الستارة ونحوهما لا تصح صلاته ، وقد خطأ الخلال حنبلا في التفرقة هنا بين العمد والسهو ، وقال : إن في أول مسألته إذا نسي وقتل لم يأكل .

إذا تقرر هذا فصفة التسمية المعتبر (بسم الله) .

٣٥٠٥ وقد ثبت أن رسول الله كان إذا ذبح قال : (بسم الله والله أكبر) فإن كبر أو هلل ، أو سبح بدلا عنها لم يجزئه . نص عليه أحمد في رواية أبي طالب في التكبير والتحميد ، نظر إلى أن النبي بين ذلك بقوله : (بسم الله) فيقتصر عليه ، وللشيخين احتمال بالإجزاء ، لأنه يصدق عليه أنه ذكر اسم الله ، فيدخل في الآية والحديث ، ولا نزاع أنه لو قال : اللهم اغفر لي ، أنه لا يجزئه ، إذ ذلك طلب حاجة ، ولو سمى بغير العربية وهو يحسنها فقولان ، نظرا إلى ما تقدم من أن المقصود المعنى أو اللفظ ، وأبو محدم جزم هنا بالجواز ، وهو موافق لاحتماله ثم ، و القاضي بالمنع ، وقال : إنه المنصوص ، وأظنه أراد رواية أبي طالب .

ومحل التسمية عند الإرسال ، لأنه الفعل الموجود من المرسل ، فاعتبرت التسمية عنده ، كما تعتبر عند الذبح من الذابح ، ولا يضر التقديم اليسير كالنية في العبادات ، وكذلك التأخير اليسير على إطلاق أحمد ، قال : إذا أرسل ثم سمى فانزجر ، أو أرسل فسمى . فالمعنى قريب من السواء ، وصرح بذلك أبو بكر في التنبيه ، وكذلك في التأخر الكثير ، بشرط أن يزجره فينزجر ، كما دل عليه كلام أحمد ، وقاله أبو محمد والشيرازي ، نظرا إلى أن الإرسال بدون تسمية وجوده كعدمه ، لفقدان شرطه ، فتعلق الحكم بالزجر ، ومنع ذلك القاضي ، نظرا إلى أن الحكم تعلق بالإرسال الأول .

(تنبيه) : عموم كلام الخرقي يشمل الكتابي ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله تعالى لإطلاق : ١٩ (﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾) . ولعله الحكمة في عدم التصريح بالفاعل

---

(١) شرح الزركشي، ١١٦/٣

، وقياسا على المسلم . (والرواية الثانية) لا تشترط التسمية في حق الكتابي ، بخلاف المسلم ، لإطلاق ١٩ (﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾) .

٣٥٠٦ قال ابن عباس رضي الله عنهما وغيره أي ذبائحهم . وهي من آخر

---

(١) ".

" الإصابة ، ثم وجده عقيرا ، والسهم ناحية ، فإنه لا يباح ، لأن السبب المقتضي للحل لم يعلم ، وصل التحريم .

(الشرط الثاني) أن لا يجد به أثرا آخر يحتلم أنه أعان في قتله ، لما تقدم في الحديث ، وذلك لأنه والحال هذه قد تحقق المعارض ، والأصل التحريم ، فم يبح بالشك ، ولو كان الأثر مما لا يحتمل القتل به كالسنور ونحوه لم يؤثر ، إذا المعارض والحال هذه **وجوده كعدمه** ، وفي الصحيحين في حديث عدي رضي الله عنه (فإن وجدته قد قتل فكل ، إلا أن تجده قد وقع في ماء ، فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك) وإذ كان الأثر مما لا يحتمل إعانته في القتل فقد روي أنه ليس بقاتل فلا شك .

(تنبيهان) (أحدهما) حكم الكلب إذا عقر ثم غاب حكم السهم ، على ما تقدم من الخلاف إن لم يجد الصيد في فمه ، فأما إن وجده في فم الكلب ، أو وهو يعبث به ، فإنه يحل بلا خلاف ، على ما حكى أبو البركات .

(الثاني) (ينتن) رباعي مضموم الأول ، من : أنتن الشيء . إذا تغيرت رائحته ، وقال بعض اللغويين : يقال : أنتن اللحم إذا تغير بعد طبخه ، وقيل وأصله إذا تغير وهو نيء . وهذا الحديث يرد ما قاله ، بل يقال : أنتن اللحم نيئا أو مطبوخا .

قال : وإذا رماه فوقع في ماء أو تردى من جبل لم يؤكل .

ش : هذا يشمل ما إذا كانت الجراحة موحية ، كما إذا ذبحه ، أو أخرجت حشوته ونحو ذلك ، وما إذا لم تكن موحية ، ولا خلاف في التحريم إذا لم تكن موحية ، للشك في السبب المقتضي للحل ، وقد قال النبي : (وإن وجدته قد قتله فكل ، إلا أن تجده قد وقع في ماء ، فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك) . متفق عليه .

---

(١) شرح الزركشي، ٣/٢٣٤

وأما إذا كانت موحية (فعنه) وقال أبو محمد : إنه المشهور عنه ، وهو ظاهر كلام الخرقي ، و أبي بكر ، وبه جزم الشيرازي التحريم أيضا ، لما تقدم من قوله عليه السلام (وإن وجدته غريقا في الماء فلا تأكل) . رواه مسلم ، وفي البخاري (وإن وقع في الماء فلا تأكل) (وعنه) وهو الصواب ، وقال أبو محمد : إنه اختيار أكثر المتأخرين لا يحرم ، لما تقدم من قوله : (فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك) وإذا كان الجرح موحيا فقد علم أن سهمه قتله فلا تردد ، ومحل الخلاف فيما إذا كان الماء أو التردي يقتله ، مثله ، فلو لم يكن يقتله مثله ، كما إذا كان رأس الحيوان خارجا من الماء ، أو كان مما لا يموت بالماء كطير الماء ، فإنه لا خلاف في إباحته ، قاله أبو محمد ، إذ لا شك إذا في أن الماء لم يقتله . ولهذا قال النبي : (وإن وجدته غريقا في الماء فلا تأكل) .

". (١)

" أن يكون قمارا ، إذ المتقامران لا يخلو كل منهما من أن يكون غارما أو غانما ، فكل منهما دخل على خطر ، وهنا ليس كذلك ، إذ أحدهما لا خطر عليه ، لأنه إما أن يكون غانما ، أو غير غارم ، وصاحبه إما غارما أو غير غانم .

(تنبيه) وشرط العوض كونه معلوما بالمشاهدة ، أو بالقدر ، والصفة .

قال : فإن سبق من أخرج أحرز سبقه ولم يأخذ من المسبوق شيئا ، فإن سبق من لم يخرج أحرز سبق صاحبه .

ش : اعتمادا على الشرط السابق .

قال : وإن أخرجا جميعا لم يجز إلا أن يدخلا بينهما محللا يكافىء فرسه فرسيهما ، أو بعيره بعيرتهما ، أو رميه رمييهما .

ش : قد تقدم أن الفاصل بين المسابقة الشرعية والقمار ، أن المقامر يكون على خطر من أن يغنم أو يغرم ، بخلاف المسابق ، فعلى هذا إذا كان الجعل منهما ، ولم يدخلا محللا لم يجز ، لوجود معنى القمار فيه وهو الخطر في كل واحد منهما .

٣٦٥٦ وقد نبه النبي على ذلك حيث قال فيما رواه عنه أبو هريرة رضي لله عنه (من أدخل فرسا بين فرسين ، وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس به ، ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار

---

(١) شرح الزركشي، ٢٤٣/٣

) . رواه أحمد واللفظ له ، وأبو داود وابن ماجه ، فجعله قمارا إذا أمن أن يسبق ، لأن كل واحد منهما إذا على خطر من أن يغنم أو يغرم ، ولم يجعله قمارا إذا لم يأمن أن يسبق ، لأن كل واحد منهما إذا يجوز أن يخلو من ذلك ، وإن كان الجعل منهما ، وأدخلا محللا جاز للحديث ، لكن بشرط أن يكون كما قال الشيخ رحمه الله يكافىء ، أي يماثل فرسه فرسيهما إن كانت المسابقة على الخيل ، أو بعيره بعيرتهما إن كانت على الإبل . أو رميه رمييها إن كانت على الرمي لأنه إذا كان كذلك لم يؤمن أن يسبق ، فيجوز كما في الحديث ، لانتفاء معنى القمار ، وإن لم يكن كذلك بأن كان فرساهما جوادين ، وفرسه بطيئا ، فهو مأمون سبقه ، فيكون وجوده كعدمه ، وإذا يكون قمارا كما في الحديث .

(تنبيه) : سمي الداخل بينهما محللا لأن العوض صار حلالا به ، فهو السبب لحل العوض ، والله أعلم .

قال : فإن سبقهما أحرز سبقهما ، وإن كان السابق أحدهما أحرز سبقه ، وأخذ سبق صاحبه ، فكان كسائر ماله ، ولم يأخذ من المحلل شيئا .

ش : إذا جاز إخراج السبق وهو الجعل من كل واحد منهما بالشرط السابق ، فلا يخلو من خمسة أحوال . (الحال الأولى) جاءوا جميعا ، فإن كل واحد منهما يحرز سبق

". (١)

" بينهما ، وصار هذا كألفاظ الشارع العافة ، على المعرف عندنا وعند الأصوليين ، تحمل على مقتضاها من العموم ، ولا تخصص بأسبابها ، وبنى أبو الخطاب ذلك على ما إذا اجتمع التعيين والإضافة .

والقول الثاني وهو ظاهر كلام الخرقي ، واختيار أبي محمد ، وحكي عن القاضي في موضع : يحمل اللفظ العام على السبب ، ويكون ذكر السبب مبنيا على أن العام أريد به خاص ، لما تقدم ، وأيضا فإن السبب هو العلة المقتضية للحكم ، فيزول الحكم بزوالها ، وخرج عن ذلك ألفاظ الشارع ، فإن العلة في وجودها ليس السبب ، ثم المقصود في ألفاظ الشارع تقرير الحكم وتعميمه لجميع المكلفين وفي جميع الصور ، بخلاف غيره .

---

(١) شرح الزركشي، ٢٩٥/٣

والقول الثالث : لا يقتضي التخصيص فيما إذا حلف لا يدخل البلد لظلم رآه فيه ، ويقتضي التخصيص فيما إذا دعي إلى غداء فحلف لا يتغدى ، أو حلف لا يخرج عبده أو زوجته إلا بإذنه والحال يقتضي ما داما كذلك ، وقد أشار القاضي إلى هذا في التعليق ، فقال بعد ذكر صورة الغداء ، وفيما إذا تأهبت امرأته للخروج فقال : إن خرجت فأنت طالق : لا يعرف الرواية عن أصحابنا في هذا ، وقياس المذهب أن يمينه لا تقصر على الخروج الذي تأهبت له ، ولا على الغداء عنده ، لعموم اللفظ ، ولقول أحمد وذكر مسألة الصيد من النهر قال : وقيل تقصر يمينه على الغداء عنده ، وعاى الخروج الذي تأهبت له لأنه لا عموم لهذا اللفظ إذ قوله : إذا خرجت ، يقتضي خروجا واحدا ، وكذلك : إن تغديت ، يقتضي غداء واحدا ، فيختص ذلك الواحد المنكر بدلالة الحال .

تنبيهان (أحدهما) هذا الذي قاله الخرقي من تقديم النية على السبب هو الذي اعتمده عامة الأصحاب ، وعكس ذلك الشيرازي ، فقدم السبب على النية .

(الثاني) إذا اختلف السبب والنية ، كأن تمن امرأته عليه بغزلها ، فحلف : لا لبست ثوبا من غزلها . وقصده اجتناب اللبس خاصة ، دون الانتفاع بالثمن ، قدمت النية على السبب وجها واحدا ، لموافقتها مقتضى اللفظ ، وإن قصد ثوبا واحدا فكذلك في ظاهر كلام الخرقي ، واختيار أبي محمد ، إذ السبب إنما اعتبر لدلالته على القصد ، فإذا خالف حقيقة القصد كان وجوده كعدمه ، وقدم القاضي والحال هذه السبب لموافقته العموم ، فيجتمع ظاهران على مخالفة النية ، قلت : وهذا متوجه في الحكم .

(الثالث) بحث شهاب الدين القرافي بحثا ملخصه الفرق بين النية المخصصة والمؤكدة ، وقال : إن أهل العصر لا يكادون يفرقون بينهما ، فالحالف إذا حلف لا يلبس ثوبا ونوى الكتان لا يحنثوه بغيره ، قال : وهو خطأ بالإجماع ، إذ العام إذا أريدت به أفراده حصل التحنيث بها في اللفظ والنية المؤكدة ، وإن لم ترد حنث باللفظ ، وإن نوى بعض الأفراد غافلا عن البعض الآخر حنث في المنوى واللفظ والنية المؤكدة وفي البعض الآخر باللفظ أطلق العام ونوى إخراج بعض أفراده لم يحنث بالمخرج ،

". [1]

" الله يقول : (لا نذر إلا فيما يبتغى به وجه الله تعالى ، ولا يمين في قطيعة رحم) .

---

(١) شرح الزركشي، ٣/٣٣٥

٣٧٤٦ وللنسائي عن عمران بن حصين رضي الله عنهما ، قال : قال رسول الله : (لا نذر في معصية ، ولا فيما لا يملك ابن آدم) ثم فيه روايتان (إحداهما) أنه لاغ ولا شيء فيه ، قال ١٦ (أحمد) فيمن نذر ليهدمن دار غيره لبنة لبنة : لا كفارة عليه . وذلك لما تقدم .

٣٧٤٧ ولأن النبي قال لأبي إسرائيل حين نذر أن يقوم في الشمس ، ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم : (مروه فليتكلم ، وليجلس وليستظل ، وليتم صومه) رواه البخاري وغيره .

٣٧٤٨ وقال للمرأة التي نذرت أن تنحر ناقته : (لا نذر في معصية الله ، ولا فيما لا يملك العبد) رواه مسلم وغيره ، وظاهر هذا أنه لا نذر صحيح في معصية الله ، أو لا نذر مشروع ، وغير المشروع **وجوده كعدمه** ، مع أن النبي لم يأمر في ذلك بكفارة ، ولو وجبت لبينها . (والرواية الثانية) وهي المذهب المعروف عند الأصحاب أنه منعقد .

٣٧٤٩ لما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله قال : (لا نذر في معصية الله ، وكفارته كفارة يمين) رواه أبو داود والترمذي والنسائي .

٣٧٥٠ وعن عمران بن حصين رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله يقول : (النذر نذران فما كان نذر طاعة فذلك لله فيه الوفاء ، وما كان نذر معصية فذلك للشيطان ولا وفاء فيه ، ويكفره ما يكفر اليمين) . رواه النسائي ، رواه النسائي ، وهذا المبين يقضي على ذلك المجمل ويبين أن المراد به : لا وفاء لنذر في معصية الله . وكذلك جاء مصرحا به في مسلم في التي نذرت نحر ناقة النبي قال لها : (لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملكه العبد) .

٣٧٥١ وقد استشهد ترجمان القرآن لذلك من الكتاب ، فعن يحيى ابن سعيد ، أنه سمع القاسم بن محمد يقول : أتت امرأة إلى عبد الله بن عباس رضي الله عنهما فقالت : إني نذرت أن أنحر ابني . فقال ابن عباس رضي الله عنهما : لا تنحري ابنك ، وكفري عن يمينك . فقال شيخ عند ابن عباس رضي الله عنهما : كيف يكون في هذا كفارة ؟ فقال ابن عباس رضي الله عنهما : قال تعالى : ١٩ (﴿ الذين يظاهرون من نسائهم ﴾)

". (١)

" للحالة السابقة

---

(١) شرح الزركشي، ٣/٣٥٢

فرع قال اللخمي : إذا أخبر البائع بالطلاق عند العقد برئ ولا يطأها المشتري ولا يزوجها حتى تشهد البينة على الطلاق أو الوفاة لثبوت أصل الزواج إذا لم تكن طارئة أو قدمت من موضع قريب يقدر على استعلام ذلك منه وإن كان بعيدا حلت للسيد والزوج

فرع في الكتاب : إذا انقطع الول في الفراش له الرد إذ لا يؤمن عوده القسم الثاني من الموانع ما يمنع من الرد على وجه دون وجه وهو تغيير المبيع والتغيير ثلاثة أضرب الضرب الأول تغيير يفيت المقصود من العين فيمنع لأنه يصيرها كالمعدومة لأن المقصود من الأعيان منافعها الضرب الثاني : تغيير لا بال له لا يمنع الرد **ووجوده كعدمه** ففي الكتاب لا يفيد الرد حوالة الأسواق ولا نماء ولا عيب خفيف كالرمد والكي والدماميل والحمى والصداع وذهاب الظفر وله الرد بغير شيء وإن نقصه وكذلك الأنملة في الوحش قال ابن يونس : الفرق بين هذا وبين البيع الفاسد تفيته حوالة الأسواق : دخل المتبايعين على شيء واحد في البيع الفاسد فسوى بينهما في زيادة السوق ونقصه وهاهنا لم يدخلا على الرد قال ابن حبيب وكذلك ما حدث عنده من شرب الخمر أو الزنا أو السرقة أو الإباق فقيل يحتمل أن يكون هذا خلافا لابن القاسم لأن هذه قد تنقصه كثيرا

". (١)

" بنت المخاض إلا عند تعذر بنت اللبون لإمكان الاستغناء عن الجبران الزائد فأشبه ما لو صعد أو نزل مع إمكان أداء الواجب والثاني يجوز لأن الموجود الأقرب ليس واجبه **فوجوده كعدمه** نعم لو صعد درجتين بجبران واحد جاز قطعا والنزول بثلاث درجات كدرجتين على ما سبق مثل أن يعطي عن جذعة بنت مخاض ويدفع ثلاث جبرانات أو عكسه ويأخذ ثلاث جبرانات أما لو كانت القربى في غير جهة الجذعة كأن لزمه بنت لبون فلم يجدها ولا حقة ووجدت بنت مخاض فلا يتعين عليه إخراج بنت مخاض مع جبران بل يجوز له إخراج جذعة مع أخذ جبرانين كما في المجموع إذ بنت المخاض وإن كانت أقرب إلى بنت اللبون ليست في جهة الجذعة ولا يجوز أخذ جبران مع ثنية وهي التي لها خمس سنين وطعنت في السادسة يدفعها بدل جذعة عليه فقدها على أحسن الوجهين لانتفاء كونها من أسنان الزكاة فأشبه ما لو أخرج عن بنت المخاض فصيلا وهو ما له دون السنة مع الجبران وادعى في الشرح الصغير أنه الأظهر قلت الأصح عند الجمهور الجواز والله أعلم لأنها أعلى منها بعام فجاز كالجذعة مع الحقة لا يقال يتعدد

---

(١) الذخيرة، ٥/١٠٦

الجبران إذا كان المخرج فوق الثنية لأننا نقول الشارع اعتبرها في الجملة كما في الأضحية دون ما فوقها ولأن ما فوقها تناهى نموها فإن أخرجها ولم يطلب جبرانا جاز قطعا كما مر نظيره ولا تجزي شاة وعشرة دراهم عن جبران واحد إذ الخبر يقتضي التخيير بين شاتين وعشرين درهما فلا يجوز خصلة ثالثة كما في الكفارة لا يجوز أن يطعم خمسة ويكسو خمسة إلا أن يكون الآخذ المالك ورضي بالتبعيض فيجوز إذ له إسقاطه بالكلية بخلاف الساعي كما مر نظيره لأن الحق للفقراء وهم غير معينين وقضية ذلك أنهم لو كانوا محصورين ورضوا بذلك جاز وهو محتمل والأقرب المنع نظرا لأصله وهذا عارض ويجزي شاتان وعشرون درهما لجبرانين كما يجوز إطعام عشرة مساكين في كفارة يمين وكسوة في أخرى ولا شيء في البقر حتى تبلغ ثلاثين ففيها تبيع وهو ابن سنة دخل في الثانية سمي بذلك لأنه يتبع أمه في المسرح وقيل لأن قرنيه يتبعان أذنيه أي يساويهما ولو أخرج تبيعة أجزأت لأنه زاد خيرا بالأنوثة ثم في كل ثلاثين تبيع و في كل أربعين مسنة لها سنتان ودخلت في الثالثة لما رواه الترمذي وغيره عن معاذ قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فأمرني أن آخذ من كل أربعين بقرة مسنة ومن كل ثلاثين تبيعا وصححه الحاكم وغيره وسميت مسنة لتكامل أسنانها ولا جبران في زكاة البقر والغنم لعدم وروده ففي ستين بقرة تبيعان وفي كل سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلاثة أتبعة وفي مائة وعشرة مسنتان وتبيع أخذا من الخبر الوارد وفي مائة وعشرين ثلاث مسنات أو أربعة أتبعة فحكمها حكم بلوغ الإبل مائتين فيما مر إلا في الجبران كما قدمناه

". (١)

" الثالثة من التشريق ثم ينفرون غالبا بكرة الثالث ويدعون الرمي بعد الزوال فلا يمكن التخلف عنهم خوفا على النفس والمال والانقطاع ولو نفر قبل الغروب ثم عاد إلى منى لحاجة كزيارة فغربت أو غربت فعاد كما فهم بالأولى فله النفر وسقط عنه المبيت والرمي بل لو بات هذا متبرعا سقط عنه الرمي لحصول الرخصة له بالرمي ولو عاد للمبيت والرمي فوجهان أحدهما يلزمه لأنا جعلنا عوده لذلك بمنزلة من لم يخرج من منى والثاني لا يلزمه لأنا نجعله كالمستديم للفراق ونجعل **وجوده كعدمه** فلا يجب عليه الرمي ولا المبيت ويجب دم بترك مبيت منى لتركه المبيت الواجب كنظيره في ترك مبيت مزدلفة وفي ترك مبيت ليلة من منى مد وليلتين مدان من الطعام وفي ترك الثلاث مع ليلة مزدلفة دمان لاختلاف المبيتين مكانا ويفارق

---

(١) نهاية المحتاج، ٥٤/٣

ما يأتي في ترك الرميين بأن تركهما يستلزم ترك مكانين وزمانين وترك الرميين لا يستلزم إلا ترك زمانين فلو نفر مع تركه مبيت ليلتين من أيام منى في الثاني أو في الأول فدم ويسقط المبيت بمزدلفة ومنى والدم عن الرعاء إن خرجوا منهما قبل الغروب لأنه صلى الله عليه وسلم رخص لرعاء الإبل أن يتركوا المبيت بمنى وقيس بمنى مزدلفة فإن لم يخرجوا قبل الغروب بأن كانوا بهما بعده لزمهم مبيت تلك الليلة والرمي من الغد وصورة ذلك في مبيت مزدلفة أن يأتيها قبل الغروب ثم يخرج منها حينئذ على خلاف العادة وعن أهل السقاية مطلقا من غير تقييد خروجهم بقبل الغروب ولو كانت محدثة إذ غير العباس ممن هو من أهل السقاية في معناه وإن لم يكن عباسيا وإنما لم يقيد خروجهم بذلك لأن عملهم بالليل بخلاف الرعاء ولأهل الرعاء والسقاية تأخير الرمي يوما فقط يؤدونه في تاليه قبل رميه لا رمي يومين متواليين بالنسبة لوقت الاختيار وإلا فقد مر بقاء وقت الجواز إلى آخر أيام التشريق ويعذر في ترك المبيت وعدم لزوم الدم أيضا خائف على نفس أو مال أو فوت مطلوب كآبق أو ضياع مريض بترك تعهده أو موت نحو قريبه في غيبته فيما يظهر لأنه ذو عذر فأشبه الرعاء وأهل السقاية وله أن ينفر بعد الغروب واستنبط البلقيني من هذه المسألة أنه لو مات من شرط مبيته في مدرسة مثلا خارجها لخوف عن نفس أو زوجة أو مال أو نحوها لم يسقط

". (١)

" المعيب إذ لا يلزم من عيبه رداءته وإلا بأن اشترى بثمن في ذمته ودفع عما فيها فخرج المدفوع مستحقا أبدل المدفوع وبقيا أي المبيع والشفعة لأن إعطاءه عما في الذمة لم يقع الموقع فكان **وجوده كعدمه** وللبائع استرداد الشقص إن لم يكن تبرع بتسليمه وحبسه إلى قبض الثمن وإن دفع الشفيع مستحقا أو نحو نحاس لم تبطل شفعته إن جهل لعذره وكذا إن علم في الأصح لعدم تقصيره في الطلب والشفعة لا تستحق بمال معين حتى تبطل باستحقاقه والثاني تبطل لأنه أخذ بما لا يملك فكأنه ترك الأخذ مع القدرة فلو لم يأخذها بمعين كتملكت بعشرة دنانير ثم نقد المستحق لم تبطل قطعا وإذا بقي حقه فهل يتبين أنه لم يملك فيحتاج لتملك جديد أو ملك والثمن دين عليه فالفوائد له وجهان رجح الرافعي الأول وغيره الثاني واستظهر هذا والأوجه أن الأخذ إن كان بالعين تعين الأول أو في الذمة تعين الثاني وتصرف المشتري في الشقص المشفوع كبيع ووقف ولو مسجدا كما قاله ابن الصباغ وإجارة صحيح لوقوعه في ملكه وإن لم يلزم فكان كتصرف الولد فيما وهبه أبوه وللشفيع نقض ما لا شفعة له فيه ابتداء كالوقف والهبة والإجارة قال

---

(١) نهاية المحتاج، ٣/٣١١

الماوردي وإذا أمضى الإجارة فالأجرة للمشتري وأخذه أي الشقص ويتخير فيما فيه شفعة كبيع بين أن يأخذ بالبيع الثاني أو ينقض ويأخذ بالأول لما مر إذ الثمن قد يكون في الأول أقل أو جنسه أيسر وأو هنا بمعنى الواو الواجبة في حيز بين لكن الفقهاء كثيرا

". (١)

" لدون ستة أشهر ولأكثر من دونها من الاستبراء تبينا أنه ليس من ذلك الزنا فيصير **وجوده كعدمه** فلا يجوز النفي رعاية للفراش ووجه البلقيني المتن بمنع تيقن ذلك لاحتمال سبق زناها بها خفية قبل الزنا الذي رآه ولو وطئ وعزل حرم النفي على الصحيح لأن الماء قد يسبقه ولا يشعر به ومقابل الصحيح احتمال للغزالي أنه يجوز لأنه إذا احتاط فيه كان كمن لم يطأ ولأنه يغلب على الظن بذلك أنه ليس منه ولو كان يطأ فيما دون الفرج بحيث لا يمكن وصول الماء إليه لم يلحقه أو في الدبر فالأرجح من تناقض لهما عدم اللحوق أيضا وليس من الظن علمه من نفسه أنه عقيم فيما يظهر وإن ذهب الروياني إلى لزوم نفيه باللعان بعد قذفها وذلك لأنا نجد كثيرين يكاد أن يجزم بعقمهم ثم يحبلون ولو علم زناها واحتمل كون الولد منه ومن الزنا على السواء بأن ولدته لستة أشهر فأكثر من وطئه ومن الزنا ولا استبراء حرم النفي لتقاوم الاحتمالين والولد للفراش وما نص عليه من الحل يحمل على ما إذا كان احتماله أغلب لوجود قرينة تؤكد ظن وقوعه وكذا يحرم القذف واللعان على الصحيح إذ لا ضرورة إليهما للحوق الولد به والفراق ممكن بالطلاق ولأنه يتضرر بإثبات زناها لانطلاق الألسنة فيه وقيل يحلان انتقاما منها وصوبه جمع ورد بما تقرر إذ كيف يحتمل ذلك الضرر لمجرد غرض انتقام وكالزنا فيما ذكر وطء الشبهة ولو أتت امرأة بولد أبيض وأبواه أسودان أو عكسه امتنع نفيه بذلك ولو أشبه من تتهم أمه به أو انضم إلى ذلك قرينة الزنا لأن العرق نزاع كما ورد به الخبر فصل في كيفية اللعان وشروطه وثمراته اللعان قوله أي الزوج أربع مرات أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه إن حضرت من الزنا إن قذفها بالزنا وإلا قال فيما رميتها به من إصابة غيري لها على فراشي وأن الولد منه لا مني ولا تلاعن

". (٢)

---

(١) نهاية المحتاج، ٥/٢١٠

(٢) نهاية المحتاج، ٧/١١٣

"الصداق في أثناء الأجل أو عند انتهائه فلا يصيره مجيئه به صحيحا ، ويفسخ قبل البناء ، فإن أتى به بعد الأجل أو لم يأت به أصلا فيفسخ قبل البناء وبعده ، قال في البيان في هذه والتي قبلها وهذا الاختلاف إذا أتى بالصداق إلى الأجل أو اختار الزوج النكاح قبل انقضاء أيام الخيار أو اختارته المرأة إن كان الخيار لها قبل انقضاء أيام الخيار .

وأما إن لم يأت الزوج بالصداق إلى الأجل أو لم يختر من له الخيار من الزوجين حتى انقضت أيام الخيار فلا نكاح بينهما ا هـ .

وهكذا نقله ابن عرفة أفاده طفي والبناني .

(و) فسخ قبل الدخول وجوبا (ما) أي نكاح (فسد ل) فساد (صداقه) لكونه لا يملك شرعا كخمر وخنزير وميتة أو لا يصح بيعه ككلب وآبق وشارد وجزء ضحية ويثبت بعده بصداق المثل (أو) عقد (على شرط يناقض) مقتضى العقد (ك) شرط (أن لا يقسم لها) في المبيت مع زوجته السابقة عليها (أو) شرط أن (يؤثر) أي يفضل زوجته السابقة (عليها) في قسمة المبيت بأن يجعل ليلة وللسابقة ليلتين فيفسخ قبل الدخول ، ويثبت بعده بصداق المثل ويلغى الشرط ، فإن كان الشرط لا يناقض مقتضى العقد بأن كان يقتضيه كشرط إنفاقه عليها وقسمه لها **فوجوده كعدمه** أو كان لا يقتضيه ولا ينافيه ، كشرط أن لا يتسرى أو لا يتزوج عليها فمكروه لأنه تحجير ويستحب الوفاء به لخبر ﴿ أحق الشروط ، أن توفوا بها ما أحللتم به الفروج ﴾ .

(وألغي) بضم الهمز وكسر الغين المعجمة أي الشرط المناقض بعد الدخول." [١]

"(ص) وغريب محتاج لما يوصله في غير معصية ، ولم يجد مسلفا وهو مليء ببلده (ش) أشار بهذا إلى الصنف الثامن من الأصناف الثمانية المذكورة في الآية وهو آخرها ، والمشهور أن ابن السبيل ؛ الغريب المنقطع يدفع إليه من الزكاة قدر كفايته وإن كان غنيا ببلده لكن بشروط ثلاثة : الأول أن يكون محتاجا في ذلك الموضع الذي هو به إلى ما يوصله إلى وطنه ، فإن كان غنيا بما يوصله فلا يعطى ؛ لأن المقصود إنما هو إيصاله إلى بلده بخلاف المجاهد فإنه يأخذ منها وإن كان غنيا في الموضع المقيم فيه ؛ لأن القصد منه الإرهاب .

الثاني أن يكون سفره في غير معصية أما لو كان سفره في معصية كمن خرج لقتل نفس وما أشبه ذلك فإنه لا يعطى من الزكاة شيئا إلا أن يخاف عليه الموت .

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٣١٣/٦

الثالث أن لا يجد مسلفا له بذلك الموضع الذي هو فيه وهو شرط عدمي مشروط بوجودي يعني إنما يعطى إذا لم يجد من يسلفه بشرط أن يكون غنيا في بلده ، فإن وجد وهو غني انتفى أحدهما فانتفى له الحكم وهو أخذه من الزكاة فإن ، وجد وهو فقير كان **وجوده كعدمه** فينتفي الحكم لانتفاء شرط ضده ، فإن لم يجد وهو فقير فهو مفهوم موافقة ، ولو قال : ولم يجد مسلفا مطلقا أو وجده وهو عديم ببلده لكان أظهر في إفادة المعنى ، وأشار بقوله (وصدق) إلى أن الغريب إذا ادعى أنه ابن سبيل فإنه يصدق إذا كان على هيئة الفقراء إذ لا يجد من يعرفه بذلك الموضع قال مالك : وأين يجد من يعرفه وظاهره بغير يمين .

(ص) وإن جلس نزعت." [1]

"النجاسة **فوجوده كعدمه** .

[قوله : ليس بذي حرمة] أي لا مكتوب ولو بغير أسماء الله لحرمة الحروف إذا كانت مكتوبة بالعربي ، وإلا فلا حرمة إلا أن تكون من أسماء الله تعالى ، ولا جدار مسجد أو وقف أو ملك غير ، وأما جداره فظاهر النقل الكراهة فيه من داخل أو خارج خوفا من أن يصيبه بلل فيلتصق هو به أو غيره فيصيبه النجاسة ، وقيل الكراهة من داخل ، ويحرم من خارج ، ويكره الاستجمار بروث وعظم طاهرين ، لأن الأول علف دواب الجن ، والثاني طعامهم أي يكسى لحما أعظم ما كان ، ففي الحديث يصير العظم كأوفر ما كان لحما ، واستدل بهذا على أن الجن يأكلون حقيقة ، وهو المرجح عند جماعة من العلماء ، ورد به على من يقول إنهم يتغذون بالشم ، ومنهم من قال هما طائفتان طائفة تشم وطائفة تأكل ذكر هذه الأقوال اللقاني .

[قوله : ولا شرف] أي لا ذهب ولا فضة وجوهر ولو اقتصر على قوله ليس بذي حرمة لكفاه ، وهذا الذي اجتمعت فيه القيود أعم من أن تكون من نوع الأرض كحجر وكبريت وطين يابس ، أو من غير نوعها كخشب وقطن ونخالة خالصة من أجزاء الطعام وغير ذلك ، والحاصل أنه يحرم الاستجمار بواحد من هذه المخرجات إلا الروث والعظم الطاهرين وجدار نفسه فيكره ، ومحل النهي حيث اقتصر على الاستجمار به ، وأما إن قصد أن يتبعها بالماء فيجوز إلا المحترم من مطعوم وذي شرف من فضة ونحوها ، ومكتوب وجدار مسجد ونحوه ، وروث وعظم طاهرين ومؤذ أذية شديدة كنجس كما يفيده عج على." [2]

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٦/٣٧٢

(٢) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٢/٤٣

"(ص) وغريب محتاج لما يوصله في غير معصية ، ولم يجد مسلفا وهو مليء ببلده (ش) أشار بهذا إلى الصنف الثامن من الأصناف الثمانية المذكورة في الآية وهو آخرها ، والمشهور أن ابن السبيل ؛ الغريب المنقطع يدفع إليه من الزكاة قدر كفايته وإن كان غنيا ببلده لكن بشروط ثلاثة : الأول أن يكون محتاجا في ذلك الموضع الذي هو به إلى ما يوصله إلى وطنه ، فإن كان غنيا بما يوصله فلا يعطى ؛ لأن المقصود إنما هو إيصاله إلى بلده بخلاف المجاهد فإنه يأخذ منها وإن كان غنيا في الموضع المقيم فيه ؛ لأن القصد منه الإرهاب .

الثاني أن يكون سفره في غير معصية أما لو كان سفره في معصية كمن خرج لقتل نفس وما أشبه ذلك فإنه لا يعطى من الزكاة شيئا إلا أن يخاف عليه الموت .

الثالث أن لا يجد مسلفا له بذلك الموضع الذي هو فيه وهو شرط عدمي مشروط بوجودي يعني إنما يعطى إذا لم يجد من يسلفه بشرط أن يكون غنيا في بلده ، فإن وجد وهو غني انتفى أحدهما فانتفى له الحكم وهو أخذه من الزكاة فإن ، وجد وهو فقير كان **وجوده كعدمه** فينتفي الحكم لانتفاء شرط ضده ، فإن لم يجد وهو فقير فهو مفهوم موافقة ، ولو قال : ولم يجد مسلفا مطلقا أو وجده وهو عديم ببلده لكان أظهر في إفادة المعنى ، وأشار بقوله (وصدق) إلى أن الغريب إذا ادعى أنه ابن سبيل فإنه يصدق إذا كان على هيئة الفقراء إذ لا يجد من يعرفه بذلك الموضع قال مالك : وأين يجد من يعرفه وظاهره بغير يمين .

(ص) وإن جلس نزعت." (١)

"... من مثله أو فوقه بالنسب

الأشخاص الذين يحجبون حجب نقصان :

... حجب النقصان يصيب كل الورثة :

... فالزوج يحجب من النصف إلى الربع لوجود الولد . والزوجة تحجب من الربع إلى الثمن لوجود الولد أيضا ، والأم تحجب من الثلث إلى السدس لوجود الولد ، أو العدد من الإخوة .

... وبنت الابن تحجب مع البنت من النصف إلى السدس ، والأخت لأب تحجب من النصف إلى السدس مع الأخت الشقيقة ، والابن يحجب نقصانا بمزاحمة ابن آخر له ، وهكذا باقي الورثة .

المحجوب حجب حرمان يحجب غيره نقصانا :

... ومما ينبغي أن يعلم أن المحجوب حجب حرمان يعد بالنسبة لغيره كأنه موجود ، ويحجب غيره حجب

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣٧٢/٦

نقصان . فلو ترك الميت جدا ، وأما ، وأخوين لأم فإن الأخوين لأم محجوبان بالجد ، ومع ذلك ، فإنهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس .

... ومثل ذلك لو مات عن أخ شقيق ، وأخ لأب وأم ، فإن الأم تأخذ السدس ، لوجود عدد من الإخوة ، ولو كان الأخ لأب محجوبا بالأخ الشقيق .

المحجوب بالوصف وجوده كعدمه :

... أما المحجوب بالوصف ، كالقاتل ، أو الكافر ، أو الرقيق ، فإنه لا يحجب أحدا حجب حرمان ، ولا حجب نقصان ، بل وجوده وعدم وجوده سواء .

... فلو كان للميت ابن قاتل وأم ، فإن الأم تأخذ الثلث ، مع وجود هذا الابن القاتل ، لأنه محروم من الميراث ، ولذلك لا يحجب أحدا .

المسألة المشركة

... المشركة بفتح الراء ، وقيل بكسرها ، وقيل فيها المشتركة .

... سميت بهذا الاسم ، لما فيها من التشريك بين الإخوة الأشقاء والإخوة للأم في فرض واحد ، وهو الثلث ، كما سيأتي بيانه .

... وأركان هذه المسألة : أربعة :

... زوج ، أم – أو جدة –، أخوة لأم – اثنان فأكثر ، ذكور ، أو إناث ، أو مختلفون – أخ شقيق ، فأكثر ، ولو كان معه أخت شقيقة ، أو أكثر . ومقتضى القواعد التي مر ذكرها ، في بحث أصحاب الفروض ، وفي بحث العصبات :

... أن يأخذ الزوج نصف التركة .

... وتأخذ الأم سدس التركة .." (١)

---

(١) الفقه المنهجي، ٥/٧٨

" باب العفو والقصاص

---

(١) الفقه المنهجي، ١٥٦/٥

ويقع في بعض النسخ العفو عن القصاص والصواب الأول وتقديره حكم العفو وكيفية القصاص

قوله وثب الصبي فقتله يعني قام فقتله بغير إذن الولي قال أهل اللغة يقال وثب يثب وثبا ووثوبا ووثبانا أي طفر

اللبأ مهموز مقصور هو اللبن أول النتاج

الاندمال البرء

الهدر بفتح الهاء والدال المهدر الملقى الذي **وجوده كعدمه**

قوله سن صغير لم يثغر هو بياء مثناة تحت مضمومة ثم مثلثة ساكنة ثم غين معجمة مفتوحة ومعناه لم يسقط أسنانه التي هي رواضعه قال أهل اللغة وإذا سقطت رواضع الصبي قيل ثغر يثغر ." (١)

"وإن قلنا إنه صحيح فيجب الوفاء به ما لم ينكسر فإن انكسر جاز الإبدال وإن شرط أن لا يبدل وإن انكسر بل تنقطع المعاملة فهذا لا يحتمل ويفسد العقد

الشرط الثالث أن تكون الإصابة المشروطة ممكنة لا ممتنعة ولا واجبة أما الممتنعة فكإصابة مائة رشق على التوالي من هدف صغير وغاية بعيدة أو أصل الإصابة من مسافة بعيدة في غاية البعد ولو كانت ممكنة على ندور ففي صحة المعاملة وجهان

أما الواجب فكإصابة واحد من مائة مع قرب المسافة يشرط ذلك على حاذق فلا خطر فيه وفي صحته وجهان أصحهما الجواز للتعلم بمشاهدة رميه كما لو قال من لا يرمي لرام ارم مائة ولك كذا والثاني أنه لا بد من خطر لصحة هذه المعاملة

فعلى هذا لو كان بينهما محلل علم قطعا أنه لا يفلح **فوجوده كعدمه** ولو علم قطعا أن المحلل يفوز خرج على الوجهين وكذلك إذا لم يكن محلل وشرط كل واحد مالا ولكن علم قطعا أن أحدهما يفوز فهو على صورة المحلل ولا أثر لذكر المال

فرع لو تراضيا على أن يرامي كل واحد واحدا فقط والسبق لمن اختص بالإصابة فالأصح الصحة وفيه وجه أنه لا يجوز إذ رب رمية من غير رام فقد يصيب الأخرق بالإتفاق مرة فلا يظهر به حذق

". (٢)

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه – النووي، ص/٢٩٩

(٢) الوسيط، ١٨٧/٧

"لأن أخبارهم مقبولة ويقبل خبر الأعمى فيه لأن له طريقا إلى العلم به بالحس والخبر ولا يقبل فيه قول صبي ولا فاسق ولا كافر لأن أخبارهم لا تقبل وإن كان معه إناءان فأخبره رجل أن الكلب ولغ في أحدهما قبل قوله ولم يجتهد لأن الخبر مقدم على الاجتهاد كما نقول في القبلة وإن أخبره رجل أنه ولغ في هذا دون ذاك وقال آخر بل ولغ في ذاك دون هذا حكم بنجاستهما لأنه يمكن صدقهما بأن يكون قد ولغ فيهما في وقتين وإن قال أحدهما ولغ في هذا دون ذاك في وقت معين وقال الآخر بل ولغ في ذاك دون هذا في ذلك الوقت بعينه فهما كالبينتين إذا تعارضتا فإن قلنا إنهما يسقطان سقط خبرهما وجازت الطهارة بهما لأنه لم تثبت نجاسة واحد منهما وإن قلنا إنهما لا يسقطان أراقهما أو صب أحدهما في الآخر ثم تيمم

فصل في الاشتباه في الماء وإن اشتبه عليه ماءان طاهر ونجس تحرى فيهما فما غلب على ظنه طهارته (منهما) توضأ به لأنه سبب من أسباب الصلاة يمكن التوصل إليه بالاستدلال فجاز له الاجتهاد فيه عند الاشتباه فيه كالقبلة

فإن انقلب أحدهما قبل الاجتهاد ففيه وجهان أحدهما أنه يتحرى في الثاني لأنه قد ثبت جواز الاجتهاد فيه فلم يسقط بالانقلاب

والثاني وهو الأصح أنه لا يجتهد لأن الاجتهاد يكون بين أمرين فإذا قلنا لا يجتهد فما الذي يصنع فيه وجهان قال أبو علي الطبري يتوضأ به لأن الأصل فيه الطهارة فلا يزال اليقين بالشك

وقال القاضي أبو حامد يتيمم ولا يتحرى لأن حكم الأصل قد زال بالاشتباه بدليل أنه منع من استعماله من غير تحر فوجب أن يتيمم وإن اجتهد فيهما فلم يغلب على ظنه شيء أراقهما أو صب أحدهما في الآخر وتيمم فإن تيمم وصلى قبل الإراقة أو الصب أعاد الصلاة لأنه تيمم ومعه ماء طاهر بيقين وإن غلب على ظنه طهارة أحدهما توضأ به والمستحب أن يريق الآخر حتى لا يتغير اجتهاده بعد ذلك فإن تيقن أن الذي توضأ به كان نجسا غسل ما أصابه منه وأعاد الصلاة لأنه تعين له يقين الخطأ فهو كالحاكم إذا أخطأ النص وإن لم يتيقن ولكن تغير اجتهاده فظن أن الذي توضأ به كان نجسا قال أبو العباس يتوضأ بالثاني كما لو صلى إلى جهة بالاجتهاد ثم تغير اجتهاده والمنصوص في حرملة أنه لا يتوضأ بالثاني لأنا لو قلنا إنه يتوضأ به ولم يغسل ما أصابه الماء الأول من ثيابه وبدنه أمرناه أن يصلي وعلى بدنه نجاسة بيقين وهذا لا يجوز و إن قلنا إنه يغسل ما أصابه من الماء الأول نقضنا الاجتهاد بالاجتهاد وهذا لا يجوز ويخالف القبلة فإن هناك لا يؤدي إلى الأمر بالصلاة إلى غير القبلة ولا إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وإذا

قلنا بقول أبي العباس توضأ بالثاني وصلى ولا إعادة عليه وإن قلنا بالمنصوص فإنه يتيمم ويصلي هذا يعيد الصلاة (أم لا) فيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لا يعيد لأن ما معه من الماء ممنوع من استعماله بالشرع فصار **وجوده كعدمه** كما لو تيمم ومعه ماء يحتاج إليه للعطش

والثاني يعيد لأنه تيمم ومعه ماء محكوم بطهارته

والثالث وهو قول أبي الطيب بن سلمة إن كان قد بقي من الأول بقية أعاد لأن معه ماء طاهرا بيقين وإن لم يكن بقي معه شيء لم يعد لأنه ليس معه ماء طاهر بيقين

وإن اشتبه عليه ماءان ومعه ماء ثالث يتيقن طهارته ففيه وجهان أحدهما لا يتحرى لأنه يقدر على إسقاط الفرض بيقين فلا يؤدى بالاجتهاد كالمكي في القبلة

والثاني أنه يتحرى لأنه يجوز إسقاط الفرض بالطاهر في الظاهر مع القدرة على الطاهر بيقين ألا ترى أنه يجوز أن يترك ما نزل من السماء ويتيقن طهارته ويتوضأ بما يجوز نجاسته وإن اشتبه عليه ماء مطلق وماء مستعمل ففيه وجهان أحدهما لا يتحرى لأنه يقدر على إسقاط الفرض بيقين بأن يتوضأ بكل واحد منهما

والثاني أنه يتحرى لأنه يجوز أن يسقط الفرض بالطاهر مع القدرة على اليقين

وإن اشتبه عليه ماء مطلق وماء ورد لم يتحر بل يتوضأ بكل واحد منهما وإن اشتبه عليه ماء (ورد) وبول انقطعت رائحته لم يتحر بل يريقهما ويتيمم لأن ماء الورد والبول لا أصل لهما في التطهير فيرد إلى الاجتهاد وإن اشتبه عليه طعام طاهر وطعام نجس تحرى فيهما لأن أصلهما على الإباحة فهما كالماءين وإن اشتبه الماء الطاهر بالماء النجس على أعمى ففيه قولان قال في حرملة لا يتحرى لأن عليه أمارات تتعلق بالبصر فهو كالقبلة وقال في الأم يتحرى لأن له طريقا إلى إدراكه بالسمع والشم فيتحرى فيه كما يتحرى في وقت الصلاة فإذا قلنا يتحرى فلم يكن له دلالة على الأغلب عنده ففيه وجهان

من أصحابنا من قال لا يقلد لأن من جاز له الاجتهاد في شيء لم يقلد فيه (غيره) كالبصير

ومنهم من قال يجوز أن يقلد وهو ظاهر قوله في الأم لأن أماراته تتعلق

".[١]

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١/٩

"والثاني لا تجب لانه ملك ضعيف بدليل أنه لا يملك التصرف في رقبته فلم تجب الزكاة فيه كالمكاتب وما في يده

فصل في المال المغصوب والضال وأما المال المغصوب والضال فلا تلزمه زكاته قبل أن يرجع إليه فإن رجع إليه من غير نماء ففيه قولان قال في القديم لا تجب لانه خرج عن يده وتصرفه فلم تجب عليه زكاته كالمال الذي في يد مكاتبه

وقال في الجديد تجب عليه لانه مال له يملك المطالبة به ويجبر على التسليم إليه فوجبت فيه الزكاة كالمال الذي في يد وكيله فإن رجع إليه مع النماء ففيه طريقان قال أبو العباس تلزمه زكاته قولا واحدا لان الزكاة إنما سقطت في أحد القولين لعدم النماء وقد حصل له النماء فوجب أن تجب

والصحيح أنه على القولين لان الزكاة لم تسقط لعدم النماء فإن الذكور من الماشية لا نماء فيها وتجب فيها الزكاة وإنما سقطت لنقصان الملك بالخروج عن يده وتصرفه وبالرجوع لم يعد ما فات من اليد والتصرف

وإن أسر رب المال وحيل بينه وبين المال ففيه طريقان من أصحابنا من قال هو كالمغصوب لان الحيلولة موجودة بينه وبين المال وفيه قولان ومنهم من قال تجب الزكاة قولا واحدا لانه يملك بيعه ممن شاء فكان كالمودع

وإن وقع الضال بيد ملتقط وعرفه حولا كاملا ولم يختر التملك وقلنا إنه لا يملك حتى يختار التملك على الصحيح من المذهب ففيه طريقان من أصحابنا من قال هو كما لو لم يقع بيد الملتقط فيكون على قولين

ومنهم من قال لا تجب الزكاة قولا واحدا لان ملكه غير مستقر بعد التعريف لان الملتقط يملك أن يزيله باختيار التملك فصار كالمال الذي في يد المكاتب

وإن كان له ماشية أو غيرها من أموال الزكاة وعليه دين يستغرقه أو ينقص المال عن النصاب ففيه قولان قال في القديم لا تجب الزكاة فيه لان ملكه غير مستقر لانه ربما أخذه الحاكم بحق الغرماء فيه

وقال في الجديد تجب فيه الزكاة لان الزكاة تتعلق بالعين والدين يتعلق بالذمة فلا يمنع أحدهما الآخر كالدين وأرش الجناية

وإن حجر عليه في المال ففيه ثلاث طرق

أحدها إن كان المال ماشية وجبت فيه الزكاة لانه قد حصل له النماء وإن كان غير الماشية فعلى قولين كالمغصوب

والثاني أنه تجب فيه الزكاة قولا واحدا لان الحجر لا يمنع وجوب الزكاة كالحجر على السفينة والمجنون

والثالث وهو الصحيح أنه على قولين كالمغصوب لانه حيل بينه وبينه فهو كالمغصوب

وأما القول الأول أنه قد حصل له النماء في الماشية فلا يصح لانه وإن حصل له النماء إلا أنه ممنوع من التصرف فيه ومحول دونه

والقول الثاني لايصح لان حجر السفيه والمجنون لا يمنع التصرف لان وليهما ينوب عنهما في التصرف وحجر المفلس يمنع التصرف فافترقا

فصل لا زكاة في السائمة ولا تجب الزكاة إلا في السائمة من الإبل والبقر والغنم لما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كتب كتاب الصدقة وفيه صدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين فيها الصدقة وروى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الإبل السائمة في كل أربعين بنت لبون ولان العوامل والمعلوفة لا تقتنى للنماء فلم تجب فيها الزكاة كثياب البدن وأثاث الدار

وإن كان عنده سائمة فعلفها نظرت فإن كان قدرا يبقى الحيوان دونه لم يؤثر لان **وجوده كعدمه** وإن كان قدرا لا يبقى الحيوان دونه سقطت الزكاة لانه لم يوجد تكامل النماء بالسوم

وإن كان عنده نصاب من السائمة فغصبه غاصب وعلفه ففيه طريقان أحدهما أنه كالمغصوب الذي لم يعلفه الغاصب فيكون على قولين لان فعل الغاصب لا حكم له بدليل أنه لو كان له ذهب فصاغه الغاصب حليا لم تسقط الزكاة عنه

والثاني أنه تسقط الزكاة قولا واحدا وهو الصحيح لانه لم يوجد شرط الزكاة وهو السوم في جميع الحول فصار كما لو ذبح الغاصب شيئا من النصاب

ويخالف الصياغة فإن صياغة الغاصب محرمة فلم يكن لها حكم وعلفه غير محرم فثبت حكمه كعلف المالك

وإن كان عنده نصاب من المعلوفة فأسامها الغاصب ففيه طريقان أحدهما أنها كالسائمة

." (١)

" فصل فيما يجب في الإبل لما دون ٢٥ من ملك من الإبل دون الخمس والعشرين فالواجب في صدقته الغنم وهو مخير بين أن يخرج الغنم وبين أن يخرج بعيرا فإن أخرج الغنم جاز لانه هو الفرض المنصوص عليه وإن أخرج البعير جاز لان الأصل في صدقة الحيوان أن يخرج من جنس الفرض وإنما عدل إلى الغنم ههنا رفقا برب المال فإذا اختار أصل الفرض قبل منه كمن ترك المسح على الخف وغسل الرجل

وإن امتنع من إخراج الزكاة لم يطالب إلا بالغنم لانه هو الفرض المنصوص عليه

وإن اختار إخراج البعير قبل منه أي بعير كان ولو أخرج بعيرا قيمته أقل من قيمة الشاة أجزأه لانه أفضل من الشاة لانه يجزىء عن خمس وعشرين فلان يجزىء عما دونها أولى

وهل يكون الجميع فرضه أو بعضه فيه وجهان أحدهما أن الجميع فرضه لانا خيرناه بين الفرضين فأيهما فعل كان هو الفرض كمن خير بين غسل الرجل والمسح على الخف

والثاني أن الفرض بعضه لان البعير يجزىء عن الخمس والعشرين فدل على أن كل خمس من الإبل يقابل خمس بعير وإن اختار إخراج الغنم لم يقبل دون الجذع والثني في السن لما روى سويد بن غفلة قال أتانا مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نهينا عن الأخذ من راضع لبن وإنما حقنا في الجذعة والثنية

وهل يجزىء فيه الذكر فيه وجهان من أصحابنا من قال لا يجزئه للخبر ولانه أصل في صدقة الإبل فلم يجز فيها الذكر كالفرض من جنسه

وقال أبو إسحاق يجزئه لانه حق لله تعالى لا يعتبر فيه صفة ماله فجاز فيه الذكر والأنثى كالأضحية وتجب عليه من غنم البلد إن كان ضأنا فمن الضأن وإن كان معزا فمن المعز وإن كان منهما فمن الغالب وإن كانا سواء جاز من أيهما شاء لان كل مال وجب في الذمة بالشرع اعتبر فيه عرف البلد كالطعام في الكفارة

وإن كانت الإبل مراضا ففي شاتها وجهان أحدهما لا تجب فيه إلا ما تجب في الصحاح وهو ظاهر المذهب لانه لا يعتبر فيه صفة المال فلم يختلف بصحة المال ومرضه كالأضحية

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١٤٢/١

وقال أبو علي بن خيران تجب عليه شاة بالقسط فتقوم الإبل الصحاح والشاة التي تجب فيها ثم تقوم الإبل المراض فيجب فيها شاة بالقسط لانه لو كان الواجب من جنسه فرق بين الصحاح والمراض فكذلك إذا كان من غير جنسه وجب أن يفرق بين الصحاح والمراض

فصل في فيمن وجبت عليه بنت مخاض ومن وجبت عليه بنت مخاض فإن كانت في ماله لزمه إخراجها وإن لم تكن في ماله وعنده ابن لبون قبل منه ولا يرد معه شيئا لما روى أنس رضي الله عنه في الكتاب الذي كتبه أبو بكر الصديق رضي الله عنه فمن لم تكن عنده بنت مخاض وعنده ابن لبون ذكر فإنه يقبل منه وليس معه شيء ولان في بنت مخاض فضيلة بالأنوثية وفي ابن لبون فضيلة بالسن فاستويا وإن لم تكن عنده بنت مخاض ولا ابن لبون فله أن يشتري بنت مخاض ويخرج لانه أصل فرضه وله أن يشتري ابن لبون ويخرج لان ليس في ملكه بنت مخاض

وإن كانت إبله مهازيل وفيها بنت مخاض سمينة لم يلزمه إخراجها فإن أراد إخراج ابن لبون فالمنصوص أنه يجوز لانه لا يلزمه إخراج ما عنده فكان **وجوده كعدمه** كما لو كانت إبله سمانا وعنده بنت مخاض مهزولة

ومن أصحابنا من قال لا يجوز لان عنده بنت مخاض تجزىء ومن وجب عليه بنت لبون وليست عنده وعنده حق لم يؤخذ منه لان بنت اللبون تساوي الحق في ورود الماء والشجر وتفضل عليه بالأنوثية

فصل فيمن كان عنده أقل من الجذعة ومن وجبت عليه جذعة أو حقة أو بنت لبون وليس عنده إلا ما هو أسفل (منها) بسنة أخذ منه مع شاتين أو عشرين درهما

وإن وجب عليه بنت مخاض أو بنت لبون أو حقة وليس عنده إلا ما هو أعلى منه بسنة أخذ منه ودفع إليه المصدق شاتين أو عشرين درهما لما روى أنس رضي الله عنه أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كتب له لما وجهه إلى البحرين كتابا وفيه ومن بلغت صدقته من الإبل الجذعة وليست عنده وعنده حقة فإنها تقبل منه الحقة ويجعل معها شاتين أو عشرين درهما ومن بلغت عنده صدقته الحقة وليس عنده إلا بنت لبون فإنها تقبل منه بنت لبون ويعطى معها شاتين أو عشرين درهما ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده وعنده بنت مخاض فإنها تقبل منه بنت مخاض ويعطى معها عشرين درهما أو شاتين ومن بلغت صدقته بنت مخاض وليست عنده وعنده بنت لبون فإنها تقبل منه بنت لبون ويعطيه المصدق عشرين درهما

". (١)

"الفجر وهو مجامع فستدام مع العلم بالفجر وجبت عليه الكفارة لانه منع صحة صوم يوم من رمضان بجماع من غير عذر فوجبت عليه الكفارة كما لو وطىء في أثناء النهار

وإن جامع وعنده أن الفجر لم يطلع وكان قد طلع أو أن الشمس قد غربت ولم تكن غربت لم تجب الكفارة لانه جامع وهو معتقد أنه يحل له ذلك وكفارة الصوم عقوبة تجب مع المأثم فلا تجب مع اعتقاد الإباحة كالحد

وإن أكل ناسيا فظن أنه أفطر بذلك ثم جامع عامدا فالمنصوص في الصيام أنه لا تجب الكفارة لانه وطىء وهو معتقد أنه غير صائم فأشبه إذا وطىء وعنده أنه ليل ثم بان أنه كان نهارا

وقال شيخنا القاضي أبو الطيب الطبري يحتمل عندي أن تجب الكفارة لان الذي ظنه لا يبيح له الوطء بخلاف ما لو جامع وهو يظن أن الشمس قد غربت لان الذي ظن هناك يبيح له الوطء

وإن أفطر بالجماع وهو مريض أو مسافر لم تجب الكفارة

لانه (يحل) له الفطر فلا تجب الكفارة مع إباحة الفطر

وإن أصبح المقيم صائما ثم سافر وجامع وجبت عليه الكفارة لان السفر لا يبيح له الفطر في هذا اليوم فكان وجوده كعدمه

وإن أصبح الصحيح صائما ثم مرض وجامع لم تجب الكفارة لان المرض يبيح له الفطر في هذا اليوم وإن جامع ثم سافر لم تسقط عنه الكفارة لان السفر لا يبيح له الفطر في يومه فلا يسقط ما وجب فيه من الكفارة

وإن جامع ثم مرض أو جن ففيه قولان أحدهما أنه لا تسقط عنه الكفارة لانه معنى طرأ بعد وجوب الكفارة فلا يسقط الكفارة السفر

والثاني يسقط لان اليوم يرتبط بعضه ببعض فإذا خرج جزؤه عن أن يكون صائما فيه أو عن أن يكون الصوم فيه مستحقا خرج أوله عن أن يكون صوما أو مستحقا فيكون جماعه في يوم فطر أو في يوم صوم غير مستحق فلا تجب به الكفارة

فصل في الوطء كله سواء في الإفطار ووطء المرأة في الدبر واللواط كالوطء في الفرج في جميع ما ذكرناه من إفساد الصوم ووجوب الكفارة والقضاء لان الجميع وطء ولان الجميع في إيجاب الحد واحد

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١/١٤٦

فكذلك في إفساد الصوم وإيجاب الكفارة وأما إتيان البهيمة ففيه وجهان من أصحابنا من قال يبنى ذلك على وجوب الحد فإن قلنا يجب فيه الحد أفسد الصوم وأوجب الكفارة كالجماع في الفرج

وإن قلنا يجب فيه التعزير لم يفسد الصوم ولم تجب به الكفارة لانه كالوطء فيما دون الفرج في التعزير فكان مثله في إفساد الصوم وإيجاب الكفارة

ومن أصحابنا من قال يفسد الصوم ويوجب الكفارة قولا واحدا لانه وطء يوجب الغسل فجاز أن يتعلق به إفساد الصوم وإيجاب الكفارة كوطء المرأة

فصل فيمن عجز عن الكفارة ومن وطيء وطأ يوجب الكفارة ولم يقدر على الكفارة ففيه قولان أحدهما لا يجب لقوله صلى الله عليه وسلم للأعرابي خذه واستغفر الله وأطعم أهلك ولانه حق مالي يجب لله تعالى لا على وجه البدل فلم يجب مع العجز كزكاة الفطر

والثاني أنها تثبت في الذمة فإذا قدر لزمه أداؤها وهو الصحيح لانه حق لله تعالى يجب بسبب من جهته فلم يسقط بالعجز كجزاء الصيد

فصل فيمن أغمي عليه جميع النهار إذا نوى الصوم من الليل ثم أغمي عليه جميع النهار ولم يصح صومه وعليه القضاء

وقال المزني يصح صومه كما لو نوى الصوم ثم نام جميع النهار والدليل على أن الصوم لا يصح أن الصوم نية وترك لو نفرد الترك عن النية لم يصح فإذا انفردت النية عن الترك لم يصح

وأما النوم فإن أبا سعيد الإصطخري قال إذا نام جميع النهار لم يصح صومه كما لا يصح إذا أغمي عليه جميع النهار

والمذهب أنه يصح صومه إذا نام والفرق بينه وبين الإغماء أن النائم ثابت العقل لانه إذا نبه نتبه والمغمى عليه بخلافه ولان النائم كالمستيقظ ولهذا ولايته ثابتة على ماله بخلاف المغمى عليه

وإن نوى الصوم ثم أغمي عليه في بعض النهار فقد قال في كتاب الظهار و مختصر البويطي إذا كان في أوله مفيقا صح صومه وقال في كتاب الصوم إذا أفاق في بعضه أجزأه وقال في ختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى إذا كانت صائمة فأغمي عليها أو حاضت بطل صومها

وخرج أبو العباس قولا آخر أنه إن كان مفيقا في طرفي النهار صح صومه فمن أصحابنا من قال المسألة على قول واحد أنه يعتبر أن يكون مفيقا في أول النهار وتأول ما سواه من الأقوال على هذا

ومن أصحابنا من قال فيه أربعة أقوال

أحدها أنه يعتبر الإفاقة في أوله كالنية تعتبر في أوله

والثانى تعتبر الإفاقة في طرفيه كما أن في الصلاة يعتبر القصد في الطرفين في الدخول والخروج ولا يعتبر فيما بينهما

والثالث أنه تعتبر الإفاقة في جميعه فإذا أغمي عليه في بعضه لم يصح صومه لانه معنى إذا طرأ أسقط فرض الصلاة فأبطل الصوم كالحيض

والرابع أنه تعتبر الإفاقة في جزء منه

ولا أعرف له وجها

وإن نوى الصوم ثم جن ففيه قولان قال في الجديد يبطل الصوم لانه عارض يسقط فرض الصلاة فأبطل الصوم كالحيض

وقال في القديم هو كالإغماء لانه يزيل العقل والولاية فهو كالإغماء

." (١)

"أحكامه

وإن شرط فيه ثوابا مجهولا بطل قولا واحدا لانه شرط العوض ولانه شرط عوضا مجهولا

وإن قلنا إنه يجب العوض ففي قدره ثلاثة أقوال أحدها أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن أعرابيا وهب للنبي صلى الله عليه وسلم هبة فأثابه عليها وقال أرضيت قال لا فزاده وقال أرضيت فقال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد هممت ألا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي

والثاني يلزمه قدر قيمته لانه عقد يوجب العوض فإذا لم يكن مسمى وجب عوض المثل كالنكاح

والثالث يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله لان العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف

فإن قلنا إنه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع فإن تلفت العين رجع بقيمتها لان كل عين ثبت له الرجوع بها إذا تلفت وجب الرجوع إلى بدلها كالمبيع

ومن أصحابنا من قال لا يجب لان حق الواهب في العين وإن نقصت العين رجع فيها

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١/١٨٥

وهل يرجع بأرش ما نقص فيه وجهان كالوجهين في رد القيمة إذا تلفت

وإن شرط عوضا مجهولا لم تبطل لانه شرط ما يقتضيه العقد لان العقد على هذا القول يقتضي عوضا مجهولا وإن لم يدفع إليه العوض وتلف الموهوب ضمن العوض بلا خلاف

وإن شرط عوضا معلوما ففيه قولان أحدهما أن العقد يبطل لان العقد يقتضي عوضا غير مقدر فبطل بالتقدير

والثاني يصح لانه إذا صح بعوض مجهول فلان يصح بعوض معلوم أولى

فصل وإن اختلف الواهب والموهوب له فقال الواهب وهبتك ببدل وقال الموهوب له وهبتني على غير بدل ففيه وجهان أحدهما أن القول قول الواهب لانه لم يقر لخروج الشيء من ملكه إلا على بدل

والثاني أن القول قول الموهوب له لان الواهب أقر له بالهبة وادعى بدلا الأصل عدمه

باب العمرى والرقبى العمرى هو أن يقول أعمرتك هذه الدار حياتك أو جعلتها لك عمرك

وفيها ثلاث مسائل إحداها أن يقول أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك فهذه عطية صحيحة تصح بالإيجاب والقبول ويملك فيها بالقبض

والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث

والثانية أن يقول أعمرتك هذه الدار حياتك ولم يشرط شيئا ففيه قولان قال في القديم هو باطل لانه تمليك عين قدر بمدة فأشبه إذا قال أعمرتك سنة أو أعمرتك حياة زيد

وقال في الجديد هو عطية صحيحة ويكون للمعمر في حياته ولورثته بعده وهو الصحيح لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى حياته فهي له ولعقبه من بعده يرثها من يرثه من بعده ولان الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك وتنتقل إلى الورثة فلم يكن ما جعله له في حياته منافيا لحكم الأملاك

والثالثة أن يقول أعمرتك حياتك فإن مت عادت إلي إن كنت حيا وإلى ورثتي إن كنت ميتا فهي كالمسألة الثانية فتكون على قولين

أحدهما تبطل

والثاني تصح لانه شرط أن تعود إليه بعد ما زال ملكه أو إلى وارثه وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر في حق المعمر فيصير **وجوده كعدمه**

فصل وأما الرقبى فهو أن يقول أرقبتك هذه الدار أو داري لك رقبى ومعناه وهبت لك وكل واحد منا يرقب صاحبه

فإن مت قبلى عادت إلي وإن مت قبلك فهي لك

فتكون كالمسألة الثالثة من العمرى وقد بينا أن الثالثة كالثانية فتكون على قولين

وقال المزني الرقبى أن يجعلها لآخرهما موتا وهذا خطأ لما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعمر عمرى أو أرقب رقبى فهي للمعمر يرثها من يرثه

فصل ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه

ومن أصحابنا من قال لا يجوز إلا بقبول من عليه الدين لانه تبرع يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه فافتقر إلى قبوله كالوصية والهبة ولان فيه التزاما منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة

والمذهب الأول لانه إسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتق والطلاق والعفو عن الشفعة والقصاص

ولا يصح الإبراء من دين مجهول لانه إزالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة

." (١)

"ولانها إن كانت لكافر سترق ولده منها وإن كانت لمسلم لم يومن أن يبيعها من كافر فيسترق ولده منها وأما الأمة المسلمة فإنه إن كان الزوج حرا نظرت فإن لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ﴾ إلى قوله عز وجل ﴿ ذلك لمن خشي العنت منكم ﴾ فدل على أنها لا تحل لمن لم يخش العنت

وإن خشي العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولا وهو ما يتزوج به حرة ولا ما يشتري به أمة جاز له نكاحها للآية وإن وجد ما يتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الأمة لقوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم ﴾

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١/٤٤٨

فدل على أنه إذا استطاع ما ينكح به محصنة مومنة أنه لا ينكح الأمة وإن وجد ما يتزوج به حرة كتابية أو يشتري به أمة ففيه وجهان أحدهما يجوز لقوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم ﴾ وهذا غير مستطيع أن ينكح المحصنات المومنات

والثاني لا يجوز وهو الصحيح لقوله تعالى ﴿ ذلك لمن خشي العنت منكم ﴾

وهذا لا يخشى العنت

وإن كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها لصغر أو لرتق أو لضنى من مرض ففيه وجهان أحدهما يحل له نكاح الأمة لانه يخشى العنت

والثاني لا يحل لان تحته حرة فلا يحل له نكاح الأمة والصحيح هو الأول فإن لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طول حرة وخشي العنت فتزوج أمة ثم تزوج حرة أو وجد طول حرة أو أمن العنت لم يبطل نكاح الأمة

وقال المزني إذا وجد صداق حرة بطل نكاح الأمة لان شرط الإباحة قد زال وهذا خطأ لان زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كما لو أمن العنت بعد العقد وإن كان الزوج عبدا حل له نكاح الأمة وإن وجد صداق حرة ولم يخف العنت لانها مساوية له فلم يقف نكاحها على خوف العنت وعدم صداق الحرة كالحرة في حق الحر

فصل نكاح العبد مولاته ويحرم على العبد نكاح مولاته لان أحكام الملك والنكاح تتناقض فإن المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر إلى المشرق والعبد بحكم النكاح يطالبها بالسفر إلى المغرب والمرأة بحكم النكاح تطالبه بالنفقة والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة وإن تزوج العبد حرة ثم اشترته انفسخ النكاح لان ملك اليمين أقوى لانه يملك به الرقبة والمنفعة فأسقط النكاح

ويحرم على المولى أن يتزوج أمته لان النكاح يوجب للمرأة حقوقا يمنع منها ملك اليمين فبطل وإن تزوج جارية ثم ملكها انفسخ النكاح لما ذكرناه في العبد إذا تزوج حرة ثم اشترته

فصل نكاح الأب جارية ابنه ويحرم على الأب نكاح جارية ابنه لان له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره فإن تزوج جارية أجنبي ثم ملكها ابنه ففيه وجهان أحدهما أنه يبطل النكاح لان ملك الابن كملكه في إسقاط الحد وحرمة الاستيلاد فكان كملكه في إبطال النكاح

والثاني لا يبطل لانه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النكاح

فصل في نكاح المعتدة ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ ولان العدة وجبت لحفظ النسب فلو جوزنا فيها النكاح اختلط النسب وبطل المقصود

ويكره نكاح المرتابة بالحمل بعد انقضاء العدة لانه لا يومن أن تكون حاملا من غيره فإن تزوجها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس أن النكاح باطل لانها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها كما لو حدثت الريبة قبل انقضاء العدة

والثاني وهو قول أبي سعيد وأبي إسحاق أنه يصح وهو الصحيح لانها النكاح ويجوز نكاح الحامل من الزنا لان حملها لا يلحق بأحد فكان **وجوده كعدمه**

فصل في العدد في الزواج ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة لقوله تعالى ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ ريبة حدثت بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد

". (١)

"فإن اختار نكاح المسلمة التي اختار فسخ نكاحها ففيه وجهان أحدهما ليس له ذلك لانا منعنا الفسخ فيها لانها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح وبإسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها فثبت فيها الفسخ

والثاني وهو المذهب أن له أن يختار نكاحها لان اختيار الفسخ كان قبل وقته فكان **وجوده كعدمه** كما لو اختار نكاح مشركة قبل إسلامها

فصل وإن أسلم وعنده حرة وأمة وأسلمتا معه ثبت نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة لانه لا يجوز أن يبتدىء نكاح الأمة مع وجود حرة فلا يجوز أن يختارها فإن أسلم وأسلمت الأمة معه وتخلفت الحرة فإن أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها وبطل نكاح الأمة كما لو أسلمتا معا وإن انقضت العدة ولم تسلم بانت باختلاف الدين فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة فله أن يمسكها

فصل وإن أسلم عبد وتحته أربع (إماء) فأسلمن معه لزمه أن يختار ثنتين فإن أعتق بعد إسلامه وإسلامهن لم تجز له الزيادة على ثنتين لانه ثبت له الاختيار وهو عبد

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٢/٤٥

وإن أسلم وأعتق ثم أسلمن أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الأربع لانه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة

فصل وإن تزوج امرأة معتدة من غيره وأسلما فإن كان قبل انقضاء العدة لم يقرا على النكاح لانه لا يجوز له أن يبتدىء نكاحها فلا يجوز إقراره على نكاحها وإن كان بعد انقضاء العدة أقرا عليه لانه يجوز أن يبتدىء نكاحها وإن أسلما وبينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لانه إن كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح وإن كان قبله لم يعتقدا تأبيده والنكاح عقد موبد

وإن أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لاحدهما متى شاء لم يقرا عليه لانهما لا يعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم

وإن أسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة أيام فإن كان قبل انقضاء المدة لم يقر عليه لانهما لا يعتقدان لزومه وإن كان بعد انقضاء المدة أقرا عليه لانهما يعتقدان لزومه

وإن طلق المشرك مرأته ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما لم يقرا عليه لانها لا تحل له قبل زوج فلم يقرا عليه كما لو أسلم وعنده ذات رحم محرم

وإن قهر حربي حربية ثم أسلما فإن اعتقدا ذلك نكاحا أقرا عليه لانه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي ولا شهود وإن لم يعتقدا ذلك نكاحا لم يقرا عليه لانه ليس بنكاح

فصل إذا ارتد الزوجان أو أحدهما فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة وإن كان بعد الدخول وقعت لفرقة على انقضاء العدة فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح وإن لم يجتمعا وقعت الفرقة لانه انتقال (من دين إلى دين) يمنع ابتداء النكاح فكان حكمه ما ذكرناه كما لو أسلم أحد الوثنيين

فصل وإن انتقل الكتابي إلى دين (لا) يقر أهله عليه لم يقر عليه لانه لو كان على هذا الدين في الأصل لم يقر عليه فكذلك إذا نتقل إليه وما الذي يقبل منه فيه ثلاثة أقوال أحدها يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه أو دين يقر عليه أهله لان كل واحد من ذلك مما يجوز الإقرار عليه

والثاني لا يقبل منه إلا الإسلام لانه دين حق أو الدين الذي كان عليه لانا أقررناه عليه

والثالث لا يقبل منه إلا الإسلام وهو الصحيح لانه عترف ببطلان كل دين سوى دينه ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه فلم يبق إلا الإسلام وإن انتقل الكتابي إلى دين يقر أهله عليه ففيه قولان أحدهما يقر عليه لانه دين يقر أهله عليه فأقر عليه كالإسلام

والثاني لا يقر عليه لقوله عز وجل ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه ﴾

فعلى هذا فيما يقبل منه قولان أحدهما يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه

والثاني لا يقبل منه إلا الإسلام لما ذكرناه وكل من انتقل من الكفار إلى دين لا يقر عليه فحكمه في بطلان نكاحه حكم المسلم إذا رتد

فصل وإن تزوج كتابي وثنية ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه لا يقر عليه لان كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الذمي كنكاح المرتدة

والثاني وهو المذهب أنه يقر عليه لان كل نكاح أقر عليه بعد الإسلام أقر عليه قبله كنكاح الكتابية

فصل إذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا

فقالت (المرأة) أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح وقال الزوج بل أسلمنا

---

(١) ".

"الصلاة السلام رفع عن إمتي الخطأ والنسيان وما ستكرهوا عليه ولأن القصاص عقوبة (مغلظة) فلا يستحق مع الخطإ ولا يجب في عمد الخطإ وهو أن يقصد الإصابة بما لا يقتل غالبا فيموت منه لأنه لم يقصد القتل فلا يجب عليه عقوبة القتل كما لا يجب حد الزنا في وطء الشبهة حيث لم يقصد الزنا

فصل ولا يجب القصاص على صبي ولا مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولأنه عقوبة مغلظة فلم يجب على الصبي والمجنون كالحدود والقتل بالكفر وفي السكران طريقان من أصحابنا من قال يجب عليه القصاص قولا واحدا

ومنهم من قال فيه قولان وقد بيناه في كتاب الطلاق

فصل ويقتل المسلم بالمسلم والذمي بالذمي والحر بالحر والعبد بالعبد والذكر بالذكر والأنثى بالأنثى لقوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ﴾ ويقتل الذمي بالمسلم والعبد بالحر والأنثى بالذكر لأنه إذا قتل كل واحد منهم بمن هو مثله فلأن يقتل بمن هو (أفضل منه) أولى ويقتل الذكر بالأنثى لما روى أبو بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن أن الرجل يقتل بالمرأة ولأن المرأة كالرجل في حد القذف فكانت كالرجل في القصاص

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٢/٥٤

فصل ولا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر ولا على الحر بقتل العبد لما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال من السنة ألا يقتل مسلم بكافر ومن السنة ألا يقتل حر بعبد فإن جرح ذمي ذميا ثم أسلم الجاني أو جرح عبد عبدا ثم أعتق الجاني قتص منه لأنهما متكافئان (منه) حال الوجوب والإعتبار بحال الوجوب لأن القصاص كالحد والحد يعتبر بحال الوجوب بدليل أنه إذا زنى وهو بكر ثم أحصن أقيم عليه حد البكر ولو زنى وهو عبد ثم أعتق أقيم عليه حد العبد فوجب أن يعتبر القصاص أيضا بحال الوجوب وإن قطع مسلم يد ذمي ثم أسلم ثم مات أو قطع حر يد عبد ثم أعتق ثم مات لم يجب القصاص لأن التكافؤ معدوم عند وجود الجناية فإن جرح مسلم مسلما ثم رتد المجروح ثم أسلم ثم مات فإن أقام في الردة زمانا يسري الجرح في مثله لم يجب القصاص لأن الجناية في الإسلام توجب القصاص والسراية في الردة تسقط القصاص فغلب الإسقاط كما لو جرح جرحا عمدا وجرحا خطأ فإن لم يقم في الردة زمانا يسري فيه الجرح ففيه قولان أحدهما لا يجب فيه القصاص لأنه أتى عليه زمان لو مات فيه لم يجب القصاص فسقط

والثاني يجب القصاص وهو الصحيح لأن الجناية والموت وجد في حال الإسلام وزمان الردة لم يسر فيه الجرح فكان **وجوده كعدمه** وإن قطع يده ثم رتد ثم مات ففيه قولان أحدهما يسقط القصاص في الطرف لأنه تابع للنفس فإذا لم يجب القصاص في النفس لم يجب في الطرف

والثاني وهو الصحيح أنه يجب لأن القصاص في الطرف يجب مستقرا فلا يسقط بسقوطه في النفس والدليل عليه أنه لو قطع طرف إنسان ثم قتله من لا قصاص عليه لم يسقط القصاص في الطرف وإن سقط في النفس

فصل وإن قتل مرتد ذميا ففيه قولان أحدهما أنه يجب القصاص وهو ختيار المزني لأنهما كافران فجرى القصاص بينهما كالذميين

والثاني أنه لا يجب لأن حرمة الإسلام باقية في المرتد بدليل أنه يجب عليه قضاء العبادات ويحرم سترقاقه وإن كانت مرأة لم يجز للذمي نكاحها فلا يجوز قتله بالذمي

وإن جرح مسلم ذميا ثم رتد الجاني ثم مات المجني عليه لم يجب القصاص قولا واحدا لأنه عدم التكافؤ في حال الجناية فلم يجب القصاص وإن وجد التكافؤ بعد ذلك كما لو جرح حر عبدا ثم أعتق العبد

وإن قتل ذمي مرتدا فقد ختلف أصحابنا فيه

فمنهم من قال يجب عليه القصاص إن كان القتل عمدا والدية إن كان خطأ لأن الذمي لا يقتل المرتد تدينا وإنما يقتله عنادا فأشبه إذا قتل مسلما

وقال أبو إسحق لا يلزمه قصاص ولا دية وهو الصحيح لأنه مباح الدم فلم يضمن بالقتل كما لو قتله مسلم

وقال أبو سعيد الإصطخري إن قتله عمدا وجب القصاص لأنه قتله عنادا وإن قتله خطأ لم تلزمه الدية لأنه لا حرمة له

فصل وإن حبس السلطان مرتدا فأسلم وخلاه فقتله مسلم لم يعلم بإسلامه ففيه قولان أحدهما (أنه) لا قصاص عليه لأنه لم

." (١)

"وعبد الرحمن بن عوف فقال على رضى الله عنه أرى أن ترجمها وقال عبد الرحمن أرى مثل ما رأى أخوك فقال لعثمان ما تقول قال أراها تستهل بالذى صنعت لا ترى به بأسا وإنما حد الله على من علم أمر الله عز وجل فقال صدقت

فإن زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريمه فإن كان قد نشأ فيما بين المسلمين لم يقبل قوله لانا نعلم كذبه وإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ فى بادية بعهيدة من المسلمين أو كان مجنونا فأفاق وزنى قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله لانه يحتمل ما يدعيه فلم يجب الحد وإن وطىء المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن وادعى أنه جهل تحريمه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل دعواه إلا أن يكون قريب العهد بالإسلام أو نشأ فى موضع بعيد من المسلمين كما لا يقبل دعوى الجهل إذا وطئها من غير إذن الراهن

والثانى أنه يقبل قوله لان معرفة ذلك تحتاج إلى فقه

فصل وإن وجد امرأة فى فراشه فظنها أمته أو زوجته فوطئها لم يلزمه الحد لانه يحتمل ما يدعيه من الشبهة

فصل وإن كان أحد الشريكين فى الوطء صغيرا والآخر بالغا أو أحدهما مستيقظا والآخر نائما أو أحدهما عاقلا والآخر مجنونا أو أحدهما عالما بالتحريم والآخر جاهلا أو أحدهما مختارا والآخر مستكرها

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١٧٣/٢

أو أحدهما مسلما والآخر مستأمنا وجب الحد على من هو من أهل الحد ولم يجب على الآخر لان أحدهما انفرد بما يوجب الحد وانفرد الآخر بما يسقط الحد فوجب الحد على أحدهما وسقط عن الآخر وإن كان أحدهما محصنا والآخر غير محصن وجب على المحصن الرجم وعلى غير المحصن الجلد والتغريب لان أحدهما انفرد بسبب الرجم والآخر انفرد بسبب الجلد والتغريب

وإن أقر أحدهما بالزنا وأنكر الآخر وجب على المقر الحد لما روى سهل بن سعد الساعدى أن رجلا أقر أنه زنى بامرأة فبعث النبى صلى الله عليه وسلم إليها فجحدت فحد الرجل

وروى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهنى رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارحمها فأوجب الحد على الرجل وعلق الرجم على اعتراف المرأة

فصل وإن استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بها أو تزوج ذات رحم محرم فوطئها وهو يعتقد تحريمها وجب عليه الحد لانه لا تأثير للعقد فى إباحة وطئها فكان **وجوده كعدمه**

وإن ملك ذات رحم محرم ووطئها ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه الحد لان ملكه لا يبيح وطأها بحال فلم يسقط الحد

والثانى أنه لا يجب عليه الحد وهو الصحيح لانه وطء فى (ملكه) فلم يجب به الحد كوطء أمته الحائض ولانه لا يختلف المذهب أنه يثبت به النسب وتصير الجارية أم ولد له فلم يجب به الحد

فإن وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور إن علم بتحريمها وجب عليه الحد لان ملك البعض لا يبيح الوطء فلم يسقط الحد كملك ذات رحم محرم وهذا خطأ لانه اجتمع فى الوطء ما يوجب الحد وما يسقط فغلب الإسقاط لان مبنى الحد على الدرء والإسقاط

وإن وطىء جارية ابنه لم يجب عليه الحد لان له فيها شبهة ويلحقه نسب ولدها فلم يلزمه الحد بوطئها

فصل واللواط محرم لقوله عز وجل ﴿ ولوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين ﴾ فسماه فاحشة وقد قال عز وجل ﴿ ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ﴾ ولان الله عز وجل عذب بها قوم لوط بما لم يعذب به أحدا فدل على تحريمه

ومن فعل ذلك وهو ممن يجب عليه حد الزنا وجب عليه الحد وفى حده قولان أحدهما وهو المشهور من مذهبه أنه يجب فيه ما يجب فى الزنا فإن كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب وإن

كان محصنا وجب عليه الرجم لما روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان ولانه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا

والقول الثانى أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به لما روى بن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به ولان تحريمه أغلظ فكان حده أغلظ

وكيف يقتل فيه وجهان أحدهما أنه يقتل بالسيف لانه أطلق القتل فى الخبر فانصرف إطلاقه إلى القتل بالسيف

والثانى أنه يرجم لانه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا

فيما دون الفرج بشهوة والدليل عليه قوله عز وجل ﴿ والذين هم لفروجهم ﴾ فصل ومن حرمت مباشرته فى الفرج بحكم الزنا أو اللواط حرمت مباشرته ﴿ حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ﴾

". (١)

" فصل فى فإن شهد أربعة على رجل بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم (فإن كان بسبب ظاهر) بأن كان عبدا أو كافرا أو متظاهرا بالفسق كان كما لو يتم العدد لان **وجوده كعدمه**

وإن كان بسبب خفى كالفسق الباطن ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم ما لو نقص بالعدد لان عدم العدالة كعدم العدد

والثانى أنهم لا يحدون قولا واحدا لانه إذا كان الرد بسبب فى الباطن لم يكن من جهتهم تفريط فى الشهادة لانهم معذورون فلم يجحدوا

وإذا كان بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب عليهم الحد

وإن شهد أربعة بالزنا ورجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف لانه اعترف بالقذف

ومن أصحابنا من قال فى حده قولان لانه أضاف الزنا إليه بلفظ الشهادة وليس بشيء

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٢/٢٦٨

وأما الثلاثة فالمنصوص أنه لا حد عليهم قولا واحدا لانه ليس من جهتهم تفريط لانهم شهدوا والعدد تام ورجوع من رجع لا يمكنهم الاحتراز منه

ومن أصحابنا من قال فى حدهم قولان وهو ضعيف فإن رجعوا كلهم وقالوا تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد

ومن أصحابنا من قال فيه قولان وليس بشيء

وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وشهد أربع نسوة أنها بكر لم يجب عليها الحد لانه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل ويحتمل أن تكون عائدة لان البكارة تعود إذا لم يبالغ فى الجماع فلا يجب الحد مع الاحتمال

ولا يجب الحد على الشهود لانا إذا درأنا الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية وهم كاذبون وجب أن ندرأ الحد عنهم لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون

فصل ويثبت المال وما يقصد به كالبيع والإجارة والهبة والوصية والرهن والضمان بشاهد وامرأتين لقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ فنص على ذلك فى السلم وقسنا عليه المال وكل ما يقصد به المال

فصل وما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصية إليه وقتل العمد والحدود سوى حد الزنا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين لقوله عز وجل فى الرجعة ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ ولما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح إلا بولى وشاهدي عدل وعن الزهرى أنه قال جرت السنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ألا تقبل شهادة النساء فى الحدود فدل النص على الرجعة والنكاح والحدود وقسنا عليها كل ما لا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال

وإن اتفق الزوجان على النكاح واختلفا فى الصداق ثبت الصداق بالشاهد والمرأتين لانه إثبات مال

وإن ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج لم يثبت إلا بشهادة رجلين وإن ادعى الزوج الخلع وأنكرت المرأة ثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان بينة المرأة لاثبات الطلاق وبينة الرجل لاثبات المال

وإن شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت المال دون القطع

وإن شهد رجل وامرأتان بقتل العمد لم يثبت القصاص ولا الدية

والفرق بين القتل والسرقة أن قتل العمد فى أحد القولين يوجب القصاص والدية بدل عنه تجب بالعفو عن القصاص وإذا لم يثبت القصاص لم يثبت بدله

وفى القول الثانى يوجب أحد البدلين لا بعينه وإنما يتعين بالاختيار فلو أوجبنا الدية دون القصاص أوجبنا معينا وهذا خلاف موجب القتل وليس كذلك السرقة فإنها توجب القطع والمال على سبيل الجمع وليس أحدهما بدلا عن الآخر فجاز أن يوجب أحدهما دون الآخر

فصل ولا يقبل فى موضحة العمد إلا شاهدان ذكران لانها جناية توجب القصاص وفى الهاشمة والمنقلة قولان أحدهما أنه لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين لانها جناية تتضمن القصاص

والثانى أنها تثبت بالشاهد والمرأتين لان الهاشمة والمنقلة لا قصاص فيهما وإنما القصاص فى ضمنهما فثبت بالشاهد والمرأتين فعلى هذا يجب أرش الهاشمة والمنقلة ولا يثبت القصاص فى الموضحة

وإن اختلف السيد والمكاتب فى قدر المال أو صفته أو أدائه قضى فيه بالشاهد والمرأتين لان الشهادة على المال وإن أفضى إلى العتق الذى لا يثبت بشهادة الرجل والمرأتين كما تثبت الولادة بشهادة النساء وإن أفضى إلى النسب الذى لا يثبت بشهادتهن

فصل وإن كان فى يد رجل جارية لها ولد فادعى رجل أنها أم ولده وولدها

". (١)

"الجبران ولا يشترط ذلك في الصعود فلو وجب عليها جذعة فقدها قبل منه الثنية وله الجبران كما سيأتي أما من وجد الواجب في ماله فليس له نزول مطلقا ولا صعود إلا أن يطلب جبرانا لأنه زاد خيرا كما يعلم مما يأتي

ويمتنع الصعود عن بنت المخاض إلى بنت اللبون مع جبران على من عنده ابن لبون لأنه منزل منزلتها كما مر ولو كان في ماله السن الواجب لكنه معيب أو كريم لم يمنع وجوده الصعود والنزول وإن كان وجود بنت مخاض كريمة يمنع العدول إلى ابن اللبون في الأصح

وفرق الروياني بينهما بأن الذكر لا مدخل له في فرائض الإبل فكان الانتقال إليه أغلظ من الصعود والنزول

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٣٣٣/٢

(والخيار في الشاتين والدراهم لدافعها) سواء أكان مالكا أم ساعيا لظاهر خبر أنس السابق ولكن يلزم الساعي العمل بالأصلح للمستحقين

ويسن لرب المال إذا كان هو الدافع اختيار الأنفع لهم وأما ولي المحجور عليه أو نائب الغائب فيحتاط له

(وفي الصعود والنزول) الخيرة فيهما (للمالك في الأصح) لأنهما شرعا تخفيفا عليه حتى لا يكلف الشراء فناسب تخييره

والثاني أن الاختيار إلى الساعي ونص عليه في الأم وعليه أكثر العراقيين ليأخذ ما هو الأحظ للمستحقين

ومحل الخلاف فيما إذا دفع المالك غير الأغبط فإن دفع الأغبط لزم الساعي أخذه قطعا

فإن قيل كيف يلزمه مراعاة الأصلح على الأول والخيرة إلى المالك أجيب بأنه يطلب منه ذلك فإن أجابه فذاك وإلا أخذ منه ما يدفعه له

إلا أن تكون إبله معيبة) لمرض أو غيره فلا خيرة له في الصعود لأن واجبه معيب والجبران للتفاوت بين السليمين وهو فوق التفاوت بين المعيبين ومقصود الزكاة إفادة المستحقين لا الاستفادة منهم

نعم إن رأى الساعي مصلحة في ذلك جاز كما أشار إليه الإمام قال الإسنوي وهو متجه

ولو أراد العدول إلى سليمة مع أخذ الجبران فمقتضى التعليل السابق الجواز وهو الظاهر وإن اقتضى إطلاق المتن المنع إذ لا وجه له

أما هبوطه مع إعطاء الجبران فجائز لتبرعه بالزيادة

(وله صعود درجتين وأخذ جبرانين) كما لو وجب عليه بنت لبون فصعد إلى الجذعة عند فقد بنت اللبون بالحقة

(و) له (نزول درجتين مع) دفع (جبرانين) كما إذا أعطى بدل الحقة بنت مخاض

وإنما يجوز له ذلك (بشرط تعذر درجة) قربى في تلك الجهة (في الأصح) فلا يصعد عن بنت المخاض إلى الحقة أو ينزل عن الحقة إلى بنت المخاض إلا عند تعذر بنت اللبون لإمكان الاستغناء عن الجبران الزائد فأشبه ما لو صعد أو نزل مع إمكان أداء الواجب

والثاني يجوز لأن الموجود الأقرب ليس واجبه **فوجوده كعدمه** نعم لو صعد ورضي بجبران واحد جاز قطعا وحكم الصعود والنزول بثلاث درجات كدرجتين على ما سبق كأن يعطي عن جذعة فقدها والحقة

وبنت اللبون بنت مخاض ثلاث جبرانات ويدفع ثلاث جبرانات أو يعطي بدل بنت مخاض جذعة عند فقد ما بينهما ويأخذ ثلاث جبرانات أما لو كانت القربى في غير جهة المخرجة كأن لزمه بنت لبون فلم يجدها ولا حقة ووجد بنت مخاض فلا يتعين عليه إخراج بنت مخاض مع جبران بل يجوز له إخراج جذعة مع أخذ جبرانين كما صرح به في المجموع لأن بنت المخاض وإن كانت أقرب إلى بنت اللبون ليست في جهة الجذعة

(ولا يجوز أخذ جبران مع ثنية) وهي التي تم لها خمس سنين وطعنت في السادسة يدفعها (بدل جذعة) عليه عند فقدها (على أحسن الوجهين) لأنها ليست من أسنان الزكاة فأشبه ما لو أخرج عن بنت المخاض فصيلا وهو ما له دون السنة مع الجبران وقال في الشرح الصغير إنه الأظهر ولم يصحح في الكبير شيئا

(قلت الأصح عند الجمهور الجواز والله أعلم) لزيادة السن كما في سائر المراتب لأنها أعلى منها بعام فجاز كالجذعة مع الحقة ولا يلزم من انتفاء أسنان الزكاة عنها بطريق الأصالة انتفاء نيابتها

أما إذا دفعها ولم يطلب جبرانا فجائز قطعا لأنه زاد خيرا

(ولا تجزىء شاة وعشرة دراهم) عن جبران واحد لأن الخبر يقتضي التخيير

." (١)

"التطوع

(ولا شيء في المغشوش) أي المخلوط بما هو أدون منه كذهب بفضة وفضة بنحاس

(حتى يبلغ خالصه نصابا) للأحاديث السابقة فإذا بلغه أخرج الواجب خالصا أو مغشوشا خالصه قدر الواجب وكان متطوعا بالنحاس

فما قيل إن هذا ظاهر على القول بأن القسمة إفراز لا على القول بأنها بيع لامتناع بيع المغشوش بمثله مردود بأن ذلك ليس قسمة بيع بمغشوش لأنه في الحقيقة إنما أعطى للزكاة خالصا عن خالص والنحاس وقع تطوعا كما تقرر لكن المتجه كما قال الإسنوي أنه يتعين على ولي المحجور عليه إخراج الخالص حفظا للنحاس إذا كانت مؤنة السبك تنقص عن قيمة الغش

---

(١) مغني المحتاج، ١/٣٧٣

ولو أخرج رديئا عن جيد كأن أخرج خمسة معيبة عن مائتين جيدة فله استرداده إن بين ذلك عند الدفع أنه عن ذلك المال كما لو عجل الزكاة فتلف ما له قبل الحول وإلا فلا يسترده

ويكره للإمام ضرب المغشوش لخبر الصحيحين من غشنا فليس منا ولئلا يغش بها بعض الناس بعضا فإن علم معيارها صحت المعاملة بها معينة وفي الذمة اتفاقا

وإن كان مجهولا ففيه أربعة أوجه أحدها الصحة مطلقا كبيع الغالية والمعجونات ولأن المقصود رواجها وهي رائجة ولحاجة المعاملة بها

والثاني لا يصح مطلقا كاللبن المخلوط بالماء

والثالث إن كان الغش مغلوبا صح التعامل بها وإن كان غالبا لم يصح

والرابع يصح التعامل بها في العين دون الذمة ولو كان الغش قليلا بحيث لا يأخذ حظا من الوزن **فوجوده كعدمه**

ويكره لغير الإمام ضرب الدراهم والدنانير ولو خالصة لأنه من شأن الإمام ولأن فيه افتياتا عليه

ومن ملك دراهم مغشوشة كره له إمساكها بل يسبكها ويصفيها قال القاضي أبو الطيب إلا إن كانت دراهم البلد مغشوشة فلا يكره إمساكها ذكره في المجموع

(ولو اختلط إناء منهما) أي من الذهب والفضة بأن أذيبا وصبغ منهما الإناء كأن كان وزنه ألف درهم أحدهما ستمائة والآخر أربعمائة (وجهل أكثرهما زكي) كل منهما بفرضه (الأكثر ذهبا أو فضة) احتياطا إن كان رشيدا

أما غيره فيتعين التمييز لأنه الأحوط له

ولا يجوز فرض كله ذهبا لأن أحد الجنسين لا يجزىء عن الآخر وإن كان أعلى منه كما مر

(أو ميز) بينهما بالنار ويحصل ذلك بسبق قدر يسير إذا تساوت أجزاؤه قاله في البسيط

أو امتحن بالماء فيضع ماء في قصعة مثلا ثم يضع فيه ألفا ذهبا ويعلم ارتفاعه ثم يخرجها ثم يضع فيها ألفا فضة ويعلمه وهذه العلامة فوق الأولى لأن الفضة أكثر حجما من الذهب فيزيد ارتفاع الماء بسبب ذلك ثم يخرجها ثم يضع فيه المخلوط فإلى أيهما كان ارتفاعه أقرب فالأكثر منه ويكتفي بوضع المخلوط أولا وآخرا ووسطا

قال الإسنوي وأسهل من هذا وأضبط أن تضع في الماء قدر المخلوط منهما معا مرتين في أحدهما الأكثر ذهبا والأقل فضة وفي الثانية بالعكس وتعلم في كل منهما علامة ثم تضع المخلوط فيلحق بما وصل إليه

قال والطريق الأول يأتي أيضا في مختلط جهل وزنه بالكلية كما قاله الفوراني فإنك إذا وضعت المختلط المذكور تكون علامته بين علامتي الخالص فإن كانت نسبته إليهما سواء فنصفه ذهب ونصفه فضة وإن كان بينه وبين علامة الذهب شعيرتان وبينه وبين علامة الفضة شعيرة فثلثاه فضة وثلثه ذهب أو بالعكس فبالعكس ومؤنة السبك على المالك

قال الرافعي وإذا تعذر الامتحان وعسر التمييز بفقد آلات السبك أو يحتاج فيه إلى زمان صالح وجب الاحتياط فإن الزكاة واجبة على الفور فلا يجوز تأخيرها مع وجود المستحقين ذكره في النهاية ولا يبعد أن يجعل السبك أو ما في معناه من شروط الإمكان اه

ولا يعتمد المالك في معرفة الأكثر غلبة ظنه ولو تولى إخراجها بنفسه ويصدق فيه إن خبر عن علم

ولو ملك نصابا نصفه في يده وباقيه مغصوب أو دين مؤجل زكى الذي في يده في الحال بناء على أن الإمكان شرط للضمان لا للوجوب لأن الميسور لا يسقط بالمعسور

(ويزكى المحرم) من الذهب والفضة (من حلى) بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام

(و) من (غيره) كالأواني بالإجماع وكذا المكروه كالضبة الكبيرة للحاجة والصغيرة للزينة

(لا) الحلي (المباح في الأظهر) كخلخال لامرأة لأنه معد لاستعمال مباح فأشبه العوامل من النعم والثاني يزكى لأن زكاة النقد تناط بجوهره

ورد بأن زكاته إنما تناط بالاستغناء عن الانتفاع به لا بجوهره إذ لا غرض في ذاته ويستثنى من إطلاقه أنه لا زكاة في الحلي المباح ما لو

." (١)

"فيسند بنكوله فيحلف على ما عينه ويشفع لأن اليمين قد يسند إلى التخمين كما في جواز الحلف على خط أبيه إذا سكنت نفسه إليه

---

(١) مغني المحتاج، ١/٣٩٠

ولا يكون قوله نسيت قدر الثمن الذي اشتريت به عذرا بل يطلب منه جواب كاف

تنبيه قضية كلام المصنف أن المشتري إذا حلف سقطت الشفعة وهو كذلك كما صرح به في نكت التنبيه

وقيل إن الشفعة موقوفة إلى أن يتضح الحال وحكاه القاضي حسين عن النص

(وإن ادعى) الشفيع (علمه) أي المشتري بالثمن (ولم يعين) له (قدرا لم تسمع دعواه في الأصح) لأنه لم يدع حقا له

والثاني تسمع ويحلف المشتري أنه لا يعلم قدره

واحترز المصنف بقوله تلف عما لو كان باقيا فإنه يضبط ويأخذ الشفيع بقدره

ولو قامت بينة بأن الثمن كان ألفا وكفا من الدراهم هو دون المائة يقينا فقال الشفيع أنا آخذه بألف ومائة كان له الأخذ كما في فتاوى الغزالي لكنه لا يحل للمشتري قبض تمام المائة

(وإذا ظهر الثمن) الذي دفعه مشتري الشقص (مستحقا) لغيره ببينة أو بتصديق من البائع والمشتري والشفيع كما قاله المتولي وذلك بعد أخذ الشفيع الشقص (فإن كان معينا) كأن اشترى بهذه المائة (بطل البيع) يعني بان بطلانه لأن أخذ عوضه لم يأذن فيه المالك وسواء أكان الثمن عوضا أم نقدا لأن النقد عندنا يتعين بالعقد كالعرض

(و) بطلت (الشفعة) لترتبها على البيع

ولو خرج بعض الثمن مستحقا بطل فيما يقابله من المبيع والشفعة دون الباقي تفريقا للصفة (وإلا) بأن اشترى بثمن في ذمته ودفع عما فيها فخرج المدفوع مستحقا (أبدل) المدفوع (وبقيا) أي البيع والشفعة لأن إعطاءه عما في الذمة لم يقع الموقع فكان **وجوده كعدمه** وللبائع استرداد الشقص إن لم يكن تبرع بتسليمه وحبسه إلى أن يقبض الثمن

تنبيه خروج الدنانير أو الدراهم نحاسا كخروج الثمن مستحقا

ولو خرج الثمن رديئا تخير البائع بين الرضا به والاستبدال فإن رضي به لم يلزم المشتري الرضا بمثله بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد كذا قاله البغوي وأقره الرافعي

قال المصنف وفيه احتمال ظاهر

قال الأذرعي ولم يتبين لي وجهه والظاهر أن الغرض بعد لزوم العقد

وقال البلقيني ما قاله البغوي جار على قوله فيما إذا ظهر العبد الذي باع به البائع معيبا ورضي به أن على الشفيع قيمته سليما لأنه الذي اقتضاه العقد

وقال الإمام إنه غلط وإنما عليه قيمته معيبا حكاهما في الروضة قال فالتغليظ بالمثلي أولى قال والصواب في كلتا المسألتين ذكر وجهين

والأصح منهما اعتبار ما ظهر أي لا ما رضي به البائع

وهذا هو الظاهر وبه جزم ابن المقري في المعيب

(وإن دفع الشفيع) ثمنا (مستحقا) لغيره (لم تبطل شفعته) جزما (إن جهل) كونه مستحقا بأن اشتبه عليه بماله وعليه إبداله (وكذا) لا تبطل شفعته (إن علم) كونه مستحقا (في الأصح) إن كان الثمن معينا ك تملكت الشقص بهذه الدراهم لأنه لم يقتصر في الطلب والأخذ

والثاني يبطل لأنه أخذ بما لا يملكه فكأنه ترك الأخذ مع القدرة وعلى الأول يتبين أنه لم يملكه فيحتاج إلى تملك جديد

فإن كان الثمن في الذمة لم تبطل جزما وعليه إبداله كما مر وإن دفع رديئا لم تبطل شفعته علم أو جهل

(وتصرف المشتري في الشقص) المشفوع (كبيع) وهبة (ووقف وإجارة) ورهن وغير ذلك (صحيح) لأنه ملكه وإن كان غير لازم كتصرف المرأة في الصداق قبل الدخول

(وللشفيع نقض ما لا شفعة فيه) مما لا يستحق به الشفعة لو وجد ابتداء (كالوقف) والهبة والإجارة وحكم جعله مسجدا كالوقف كما قاله ابن الصباغ

(وأخذه) أي الشقص بالشفعة لأن حقه سابق على هذا التصرف فلا يبطل به

فإن قيل حق فسخ البائع بالفلس يبطل بتصرف المشتري وحق رجوع المطلب قبل الدخول إلى نصف الصداق يبطل بتصرف المرأة فيه فهلا كان هنا كذلك أجيب بأنهما لا يبطلان بالكلية بل ينتقلان إلى البدل

." (١)

"لحصول الظن حينئذ بأنه ليس منه وإن لم ير شيئا لم يجز النفي

---

(١) مغني المحتاج، ٣٠٣/٢

وما صححه من اعتبار المدة من الاستبراء تبع فيه المحرر وكذا في الشرح الكبير

قال المصنف في زيادة الروضة وكذا فعل القاضي حسين و الإمام و البغوي و المتولي والصحيح ما قاله المحاملي وصاحب المهذب والعدة وآخرون أن الاعتبار في الستة الأشهر من حين يزني الزاني بها لأن الزنا مستند اللعان فإذا ولدته لدون ستة أشهر منه ولأكثر من دونها من الاستبراء تبينا أنه ليس من ذلك الزنا فيصير **وجوده كعدمه** فلا يجوز النفي جزما رعاية للفراش فكان ينبغي للمصنف أن يزيد ذلك في الكتاب كما زدته في كلامه ليسلم من التناقض

وهل يحسب ابتداء الأشهر من ابتداء الدم أو من انقطاعه قال ابن النقيب لم أر من ذكره والذي يظهر أنه من طروه لأنه الدال على البراءة اه

وما استظهره ظاهر وجرى عليه الزركشي والدميري

(ولو وطىء) زوجته في قبلها (وعزل) عنها بأن نزع وقت الإنزال ثم أتت بولد (حرم) نفيه (على الصحيح) لأن الماء قد يسبق من غير أن يحس به

وليس مقابل الصحيح وجها محققا بل احتمالا للغزالي رضي الله عنه أقامه المصنف وجها

أما إذا وطىء في الدبر أو فيما دون الفرج فإن له النفي لأن أمر النسب يتعلق بالوطء الشرعي فلا يثبت بغيره

وهذا ما رجحه في الروضة وأصلها هنا وهو المعتمد وإن رجحها في باب ما يجوز من الاستمتاع أن الوطء في الدبر كالقبل في لحوق النسب ورجحه بعض المتأخرين

(ولو علم) الزوج (زناها واحتمل) على السواء (كون الولد منه ومن الزنا) بأن لم يستبرئها بعد وطئه (حرم النفي) رعاية للفراش كما مر

وإنما ذكره توطئة لقوله (وكذا) يحرم (القذف واللعان على الصحيح) لأن اللعان حجة ضرورية إنما يصار إليها لدفع النسب أو قطع النكاح حيث لا ولد على الفراش الملطخ وقد حصل الولد هنا فلم يبق له فائدة والفراق ممكن بالطلاق

والثاني يجوز انتقاما لها كما لو لم يكن ولد وهذا ما ذكر الإمام أنه القياس فأثبته الشيخان وجها

ورد القياس بأن الولد يتضرر بنسبة أمه إلى الزنا وإثباته عليها باللعان إذ يعير بذلك وتطلق فيه الألسنة فلا يحتمل هذا الضرر لغرض الانتقام

تتمة لو أتت امرأة بولد أبيض وأبواه أسودان أو عكسه لم يبح لأبيه بذلك نفيه ولو أشبهه من تتهم به أمه أو انضم إلى ذلك قرينة الزنا لخبر الصحيحين أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن امرأتي ولدت غلاما أسود قال هل لك من إبل قال نعم قال فما ألوانها قال حمر قال هل فيها من أورق قال نعم قال فأنى أتاها ذلك قال عسى أن تكون نزعة عرق قال فلعل هذا نزعة عرق والأورق جمل أبيض يخالط بياضه سواد

فصل في كيفية اللعان وشرطه وثمرته المذكورة في قوله ويتعلق بلعانه وفرقة الخ

وبدأ بالأول فقال (اللعان قوله) أي الزوج (أربع مرات أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به هذه) أي زوجته من (الزنا) إذا كانت حاضرة أما اعتبار العدد فللآيات السابقة أول الباب

وكررت الشهادة لتأكيد الأمر لأنها أقيمت مقام أربع شهود من غيره ليقام عليها الحد ولذلك سميت شهادات وهي في الحقيقة أيمان وأما الكلمة الخامسة الآتية فمؤكدة لمفاد الأربع وأما اعتبار تسمية ما رماها به فلأنه المحلوف عليه

تنبيه اقتصاره على قوله هذه تبع فيه المحرر وهو المذكور في المهذب وظاهر عبارة الشرحين والروضة اعتبار زوجتي هذه قال الزركشي وهو المنقول في التتمة وتعليق البندنيجي

وأفهم أنه لا يحتاج مع الإشارة إليها إلى تسميتها وهو الأصح عند الشيخين لأن الكلام فيمن حضرت

وقيل يجب الجمع بين الاسم والإشارة قال الزركشي وهو ظاهر النص وكلام الجمهور

(فإن غابت) عن البلد أو مجلس اللعان لمرض أو حيض أو نحو ذلك

." (١)

"""""""" صفحة رقم ٣٦ """"""""

الصحيح أنها نزلت في بنتين وزوجة وابن عم فقضى النبي للزوجة بالثمن وللبنتين بالثلثين ولابن العم بالباقي اه خ ض . والضمير في (كن) راجع للأولاد الذين ذكرهم الله في قوله :) يوصيكم الله في أولادكم ﴾) النساء : ١١) وحينئذ فقوله (نساء) له فائدة وأتى بنون النسوة في قوله فإن كن مع رجوعه للأولاد نظرا للمعنى لأن المراد بهم الإناث . قوله : (الصنفان) أي الأخوات الشقيقات واللاتي لأب . قوله : (فلعموم قوله) في كونه عاما للأخوات نظر ظاهر ؛ لأن الضمير في كن راجع للأولاد فالآية خاصة بالأولاد فلا

---

(١) مغني المحتاج، ٣٧٤/٣

عموم فيها ، فالأولى أن يجعل ذلك بطريق القياس على البنات المذكورات . قوله : (من الإناث) لا حاجة إليه إيضاح . قوله : (أو يحجبهن) أي في غير البنات . قوله : (حجب نقصان) بيان للواقع أما حجب الحرمان بالشخص فلا يعتريها . قوله : (وارث) أي كل منهما . والأولى : وارثان . قوله : (محجوبين بغيرها) بخلاف المحجوب بالوصف **فوجوده كعدمه** ، اه مرحومي . قوله : (قبل إظهار ابن عباس الخلاف) حيث قال : لا يحجبها إلا جمع ثلاثة فأكثر . وقد يقال قبلية الظهور لا تكفي بل لا بد من قبلية نفس الخلاف سم ، أي لأن إظهار الخلاف بعد انعقاد الإجماع لا يخرقه . قوله : (ويشترط أيضا) الصواب إسقاط هذا الشرط ق ل . هذا غير ظاهر لأن هذا شرط في إرثها الثلث كاملا . قوله : (من فرض عدد) لا حاجة لذكر (فرض) . وقوله (أي ذاهبا) تفسير لقوله (صاعدا) لا للعامل المحذوف ،." [١]

"(وان لم يتيقن ولكن تغير اجتهاده فظن أن الذى توضأ به كان نجسا قال أبو العباس يتوضأ بالثاني كما لو صلى إلى جهة بالاجتهاد ثم تغير اجتهاده: والمنصوص في حرملة انه لا يتوضأ بالثاني لانا لو قلنا إنه يتوضأ به ولم يغسل ما أصابه الماء الاول من ثيابه وبدنه أمرناه أن يصلى وعلى بدنه نجاسة بيقين وهذا لا يجوز وإن قلنا إنه يغسل ما أصابه من الماء الاول نقضنا الاجتهاد بالاجتهاد وهذا لا يجوز ويخالف القبلة فان هناك لا يؤدى إلى الامر بالصلاة إلى غير القبلة ولا إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وذا قلنا بقول ابي العباس توضأ بالثاني وصلى ولا اعادة عليه وان قلنا بالمنصوص

فانه يتيمم ويصلى وهل يعيد الصلاة.

فيه ثلاثة أوجه أحدها انه لا يعيد لان ما معه الماء ممنوع من استعماله بالشرع فصار **وجوده كعدمه** كما لو تيمم ومعه ماء يحتاج إليه للعطش: والثاني يعيد لانه تيمم ومعه ماء محكوم بطهارته: والثالث وهو قول ابي الطيب ابن سلمة ان كان قد بقى من الاول بقية أعاد لان معه ماء طاهرا بيقين: وان لم يكن بقى من الاول شئ لم يعد.

لانه ليس معه ماء طاهر بيقين) * (الشرح) هذه المسألة لها مقدمة لم يذكرها المصنف وقد ذكرها اصحابنا فقالوا إذا غلب على ظنه طهارة أحدهما فقد سبق انه يستحب اراقة الآخر فلو خالف فلم يرقه حتى دخل وقت الصلاة الثانية فهل يلزمه اعادة الاجتهاد للصلاة الثانية: ينظر.

فان كان على الطهارة الاولى لم يلزمه بلا خلاف بل يصلى بها: وان كن قد أحدث نظر.

ان بقى من الذى ظن طهارته شئ لزمه اعادة الاجتهاد: صرح به القاضى أبو الطيب في تعليقه والمحاملى

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٣٦/٤

في كتابيه وصاحب الشامل وغيرهم من العراقيين والقاضى حسين وصاحباه التتمة والتهذيب وغير هم من الخراسانيين وقاسوه علي اعادة الاجتهاد في القبلة للصلاة وعلى القاضي والمفتى إذا اجتهد في قضية وحكم بشئ ثم حضرت مرة أخرى يلزمه أن يعيد الاجتهاد: وفي هذه المسائل المقيس عليها وجه مشهور انه لا يجب اعادة الاجتهاد بل له أن يصلى ويحكم بمقتضي الاجتهاد الاول ما لم يتغير اجتهاده: وينبغى أن." (١)

"وجوده بخلاف ما سنذكره في تيمم الجريح ان شاء الله تعالى * قالوا فيستعمله المحدث في وجهه وما بعده على الترتيب ثم يتيمم لما بقى ويستعمله الجنب أولا في أي بدنه شاء: قال اصحابنا ويستحب أن يبدأ بمواضع الوضوء ورأسه وأعالي بدنه وأيهما أولى فيه خلاف نقل صاحبا البحر والبيان عن الاصحاب أنه يستحب أن يبدأ برأسه وأعاليه قال صاحب البيان ولو قيل يستحب أن يبدأ بأعضاء الوضوء كان محتملا وقطع البغوي وغيره باستحباب تقديم أعضاء الوضوء والرأس والمختار تقديم أعضاء الوضوء ثم الرأس ثم الشق الايمن كما يفعل من يغسل جميع البدن هذا إذا كان جنبا غير محدث فان كان جنبا محدثا فان قلنا بالمذهب أن الحدث يندرج في الجنابة فالحكم كما لو كان جنبا فقط وان قلنا لا يندرج وكان الماء يكفى للوضوء وحده لزمه أن يتوضأ عن الحدث ويتيمم عن الجنابة وهو مخير في تقديم الوضوء على تيمم الجنابة وتأخيره إذ لا يجب الترتيب بين الطهارتين لكن يستحب تقديم الوضوء هذا كله إذا وجد ترابا تيمم به فان لم يجده فطريقان في التهذيب وغيره احدهما ان استعمال هذا الماء الناقص على القولين وأصحهما القطع بوجوب استعماله وبه قطع المتولي ونقله الروياني عن الاصحاب لانه لا بدل هنا فوجب استعماله بلا خلاف كبعض ما يستر العورة بخلاف بعض الرقبة في الكفارة فانه لا يعتقه العاجز عن الصوم لان الكفارة على التراخي والله أعلم (فرع) لو لم يجد ماء ووجد ثلجا أو بردا لا يقدر على إذابته فان كان جنبا أو حائضا **فوجوده كعدمه** فيتيمم ويصلي ولا اعادة عليه على المذهب وبه قطع الجمهور وحكي الدارمي وجها أن الاعادة تجب ذكره في أول باب المياه وقد ذكرته أنا هناك وان كان محدثا ففى وجوب استعماله في الرأس طريقان في التهذيب وغيره قالوا اصحهما لا يلزمه قولا واحدا لان الترتيب واجب فلا يمكن استعماله في الرأس قبل التيمم عن الوجه واليدين ولا يمكن التيمم مع وجود ما يحكم بوجوب استعماله والطريق الثاني انه على القولين وبه قطع الجرجاني في المعاياة قال الجرجاني والروياني والرافعي وآخرون فإذا قلنا يجب استعماله تيمم على الوجه واليدين تيمما واحدا ثم مسح به الرأس ثم تيمم علي الرجلين للترتيب ولا يؤثر

(١) المجموع، ١/١٨٨

هذا الماء في صحة التيمم للوجه واليدين لانه لا يجب استعماله فيها فوجوده بالنسبة اليهما كالعدم وهذا الطريق أقوى في الدليل لانه واجد والمحذور الذى قاله الاول يزول بما ذكرناه (فرع) إذا لم يجد ماء ووجد ما يشتري به بعض ما يكفيه ففى وجب شراه القولان في وجوب استعماله إذا كان معه *." (١)

"الدار وان كان عنده سائمة فعلفها نظرت فان كان قدرا يبقى الحيوان دونه لم يؤثر لان **وجوده كعدمه** وان كان قدرا لا يبقى الحيوان دونه سقطت الزكاة لانه لم يوجد تكامل النماء بالسوم وان كان عنده نصاب من السائمة فغصبه غاصب وعلفه ففيه طريقان (أحدهما) انه كالمغصوب الذى لم يعلفه الغاصب فيكون علي قولين لان فعل الغاصب لا حكم له بدليل انه لو كان له ذهب فصاغه الغاصب حليا لم تسقط الزكاة عنه (والثاني) أنه تسقط الزكاة قولا واحدا وهو الصحيح لانه لم يوجد شرط الزكاة وهو السوم في جميع الحول فصار كما لو ذبح الغاصب شيئا من النصاب ويخالف الصياغة فان صياغة الغاصب محرمة فلم يكن لها حكم وعلفه غير محرم فثبت حكمه كعلف المالك وان كان عنده نصاب من المعلوفة فاسامه الغاصب ففيه طريقان (أحدهما) أنها كالسائمة المغصوبة وفيها قولان لان السوم قد وجد في حول كامل ولم يفقد الاقصد المالك وقصده غير معتبر بدليل انه لو كان له طعام." (٢)

"يتخير بين مقتضي مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة وحكاه الغزالي في الوسيط عن ابن خيران فأوهم أنه قول ابي علي بن خيران من أصحابنا وانه وجه من مذهبنا وليس كذلك بل اتفق أصحابنا علي تغليط الغزالي في هذا النقل وتغليط شيخه في النهاية في نقله مثله وليس هو قول ابن خيران وإنما هو قول محمد بن جرير الطبري وحكى ابن المنذر عن حماد بن ابى سليمان شيخ أبي حنيفة أنه قال.

في خمس وعشرين ومائة حقتان وبنت مخاض وجاءت آثار ضعيفة تمسك بها كل من ذهب من هؤلاء الائمة: ومذهبنا والصواب ما ذهب إليه الشافعي وموافقوه وعمدتهم حديث أنس السابق في أول الباب وهو صحيح صريح وما خالفه ضعيف أو دونه والله تعالي أعلم * * قال المصنف رحمه الله تعالى * ﴿ ومن وجبت عليه بنت مخاض فان كانت في ماله لزمه إخراجها وإن لم تكن في ماله وعنده ابن لبون قبل منه ولا يرد معه شئ لما روى أنس رضي الله عنه في الكتاب الذى كتبه ابو الصديق رضي الله عنه فمن لم تكن عنده بنت مخاض وعنده ابن لبون ذكر فانه يقبل منه وليس معه شئ ولان في بنت مخاض فضيلة بالانونة وفى ابن لبون فضيلة بالسن فاستويا وان لم تكن عنده بنت مخاض ولا ابن لبون فله أن يشترى بنت

---

(١) المجموع، ٢/٢٦٩

(٢) المجموع، ٥/٣٥٦

مخاض ويخرج لانه أصل فرضه وله أن يشترى ابن لبون ويخرج لانه ليس في ملكه بنت مخاض وان كانت ابله مهازيل وفيها بنت مخاض سمينة لم يلزمه اخراجها فان أراد اخراج ابن لبون فالمنصوص انه يجوز لانه لا يلزمه اخراج ما عنده فكان **وجوده كعدمه** كما لو كانت ابله سمانا وعنده بنت مخاض مهزولة ومن اصحابنا من قال لا يجوز لان عنده بنت مخاض تجزئ ومن وجب عليه بنت لبون وليست عنده وعنده حق لم يؤخذ منه لان بنت اللبون تساوى الحق في ورود الماء والشجر وتفضل عليه بالانوثة ﴾ * ﴿ الشرح ﴾ حديث أنس صحيح سبق بيانه في أول الباب وفى الفصل مسائل (احداها) قال الشافعي رضى الله عنه والاصحاب إذا وجب عليه بنت مخاض فان كانت عنده من غير نفاسة ولا عيب لم يجز العدول إلى ابن لبون بلا خلاف وان لم تكن عنده وعنده ابن لبون فاراد دفعها عنها وجب قبوله ولا يكون معه شئ لا من المالك ولا من الساعي وهذا لا خلاف فيه لحديث انس قال اصحابنا وسواء كانت قيمة ابن لبون كقيمة بنت مخاض أو اقل منها وسواء قدر علي تحصيله ام لا لعموم الحديث (الثانية) إذا وجب عليه بنت مخاض ولم يكن عنده بنت مخاض ولا ابن لبون فوجهان (اصحهما) له ان يشترى ايهما شاء ويجزئه لعموم الحديث وبهذا الوجه قطع المصنف وجمهور الاصحاب (والثاني) حكاه جماعات من الخراسانيين عن صاحب التقريب وغيره انه يتعين عليه شراء بنت." [(١)]

"* قال المصنف رحمه الله * ﴿ وإن طلع الفجر وهو مجامع فاستدام مع العلم بالفجر وجبت عليه الكفارة لانه منع صوم يوم من رمضان بجماع من غير عذر فوجبت عليه الكفارة كما لو وطئ في أثناء النهار وان جامع وعنده أن الفجر لم يطلع وكان قد طلع أو أن الشمس قد غربت ولم تكن غربت لم تجب عليه الكفارة لانه جامع وهو يعتقد انه يحل له ذلك وكفارة الصوم عقوبة تجب مع المأثم فلا تجب مع اعتقاد الاباحة كالحد وإن أكل ناسيا فظن أنه أفطر بذلك ثم جامع عامدا فالمنصوص في الصيام انه لا تجب الكفارة لانه وطئ وهو يعتقد انه غير صائم فأشبه إذا وطئ وعنده انه ليل ثم بان انه نهار وقال شيخنا القاضى أبو الطيب الطبري رحمه الله يحتمل عندي انه تجب عليه الكفارة لان الذى ظنه لا يبيح الوطئ بخلاف مالو جامع وظن أن الشمس غربت لان الذى ظن هناك يبيح له الوطئ فان أفطر بالجماع وهو مريض أو مسافر لم تجب الكفارة لانه يحل له الفطر فلا تجب الكفارة مع اباحة الفطر وان أصبح المقيم صائما ثم سافر وجامع وجبت عليه الكفارة لان السفر لا يبيح له الفطر في هذا اليوم فكان **وجوده كعدمه** وإن أصبح الصحيح صائما ثم مرض وجامع لم تجب الكفارة لان المريض يباح له الفطر في هذا اليوم وإن

---

(١) المجموع، ٥/٤٠١

جامع ثم سافر لم تسقط عنه الكفارة لان السفر لا يبيح له الفطر في يومه فلا يسقط عنه ما وجب فيه من الكفارة وإن جامع ثم مرض أو جن ففيه قولان (احدهما) لا تسقط عنه الكفارة لانه معني طرأ بعد وجوب الكفارة فلا يسقط الكفارة كالسفر (والثانى) انه
تسقط لان اليوم يرتبط بعضه ببعض فإذا خرج آخره عن ان يكون الصوم فيه مستحقا خرج أوله عن ان يكون صوما أو يكون الصوم فيه مستحقا فيكون جماعه في يوم فطر أو في يوم صوم غير مستحق فلا تجب به الكفارة ﴾ * ﴿ الشرح ﴾ في الفصل مسائل (أحداها) إذا طلع الفجر وهو مجامع فاستدام مع العلم بالفجر بطل صومه بلا خلاف كما سبق في موضعه وفى وجوب الكفارة طريقان (الصحيح) المنصوص وجوبها وبه قطع المصنف والجمهور وحكى جماعات من الخراسانيين في وجوبها قولين (المنصوص) وجوبها لما ذكره المصنف (والثانى) لا تجب وهو مخرج مما سنذكره ان شاء الله تعالي لانه لم يفسد بهذا الجماع صوما لانه لم يدخل فيه قال البندنيجى وانما وجبت الكفارة هنا علي المذهب لانه منع انعقاد الصوم لا لافساده فانه لم يدخل فيه قال ومن قال انعقد صومه ثم فسد فهذا غير معروف مذهبا للشافعي رحمه الله قال القاضى حسين وإمام الحرمين والبغوى وغيرهم من الخراسانيين نص الشافعي هنا على وجوب الكفارة." (١)

"المغشوشة ولا وجه لاعادة الكلام فيها مع تقدمها ومما افاده صاحب التتمة فيها انه يكره اخذها وامساكها إذا كان النقد الذى في أيدى الناس خالصا لان ذلك يتضمن تغرير الناس قال فلو كان جنس النقد مغشوشا فلا كراهية وأفاد الرويانى ايضا ان الغش لو كان قليلا مستهلكا بحيث لا يأخذ حظا من الوزن فلا تأثير له في ابطال البيع لان **وجوده كعدمه** وقد قيل يتعذر طبع الفضة إذا لم يخالطها جط من جوهر آخر (قلت) وذلك صحيح وقد بلغني ان في بعض البلاد في هذا الزمان ضربت الفضة خالصة فتشققت فجعل فيها في كل الف درهم مثقال من ذهب فانصلحت لكن مثل هذا إذا بيع درهم مثلا لا يظهر في الميزان ما معه من الغش واما إذا بيع قدر كبير فيظهر في ذلك في الوزن فينبغي البطلان والله أعلم * ورتبوا على هذا الخلاف جواز بيعها بالذهب (ان قلنا) لا يجوز شراء الثياب بها فالذهب أولى (وان قلنا) يجوز فههنا بيع الفضة بالذهب صرف وبيع الرصاص والنحاس بالذهب بيع فهو بيع وصرف ولنا في ذلك قولان (وأما) القسم الثاني وهو ما يكون الغش فيه مستهلكا كالزرنيخية والاندرانية فكذلك لا يجوز بيع بعضها ببعض ولا بالخالصة لانه فضة بفضة مجهولة التساوى أو معلومة التفاضل وان اشترى بها ثيابا جاز بلا

---

(١) المجموع، ٦/٣٣٨

خلاف على التعليلين جميعا (أما) على الاول وهو النظر إلى قاعدة مد عجوة فلانه ليس ههنا مع الفضة شئ ينقسط عليه الثمن (وأما) على الثاني وهو ان المقصود مجهول فههنا المقصود ظاهر وهكذا إذا اشترى ذهبا لا يجوز لان الذى مع الفضة لا قيمة له فليس فيه جمع بين بيع وصرف ويجب ان تستثنى هذه الصورة من قولنا ان

الدراهم المغشوشة لا يجوز التعامل بها على وجه أو فيها خلاف فان هذه دراهم مغشوشة." (١)

"أحد ظن أن البائع غلط فاصلحه على ظنه وكل النسخ فيها البائع والفارقي اعرف بما في المهذب وقد ظهر الجواب عن ذلك بحمد الله تعالى واندفاع الاشكال عنه وكذلك رأيت في الاستقصاء كان ما نقص من القيمة غير مضمون عليه أي لانه ليس بجزء واظن ذلك كله اصلاحا لما اشكل عليهم وتعليل الماوردى قريب من تعليل المصنف وكذلك أكثر من تكلم في المسألة من الاصحاب ولم يختص المصنف من الاشكال إلا بقوله فلا يجوز ان يقوم على البائع وكذلك شيخه القاضى ابن الطيب الاشكال في هذه اللفظة وارد عليها * * (فرع) * وهذا الذى قلته وحملت كلام المصنف عليه من أن المراد إن اختلفت القيمة المنسوب إليها هو الصحيح المتعين أما إذا اتحدت واختلفت قيمة العيب كما في القسم الاول ان كانت قيمته معيبا تسعة عند العقد ثم نقص نقصانه مع بقاء قيمة السليم انما تكون لعيب آخر فذلك العيب الآخر ان اطلع عليه المشترى ورضى به صار **وجوده كعدمه** وينسب الذى كان حالة العقد فقط وان لم يرضى به كان الكل إلى القبض مضمونا على البائع ينسب من القيمة وان زادت قيمة المعيب مع بقاء قيمة السليم فذلك ان كان نقصان العيب فقد برئ البائع بما نقص لانه لو زال كله قبل القبض لم يثبت به الرد ولا الارش فكذلك نقصا فلا يصح اعتبار أقل القيمتين هنا وان لحصول وصف زائد في المبيع جبر النقصان الحاصل بالعيب فيقتضى ذلك زيادة قيمته سليما وقد فرضنا أن قيمته سليما باقية بحالها * * (فرع) * عبارة الرافعى والجمهور أقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض وكذلك في المحرر وقد تقدم الكلام عليها وعلى عبارة الامام (وقال) النووي في المنهاج أقل قيمته من يوم العقد إلى يوم القبض وذلك يقتضى أنه إذا نقصت القيمة فيما بين العقد والقبض أن تعتبر تلك القيمة الناقصة المتوسطة وان كانت القيمة يوم العقد ويوم القبض سواء لان المتوسطة حينئذ أقل وكذلك إذا كانت في أحد اليومين أقل من الآخر وفيما بين ذلك أقل منهما أن يقوم بالمتوسطة التى هي أقل وعبارة الجمهور لا تقتضي ذلك وتقتضي أن يقوم باحدى القيمتين في يوم العقد أو يوم القبض ان كانتا متساويتين فباحداهما وان اختلفتا فبالاقل منهما وهذه عكس الصورة

---

(١) المجموع، ٤١٠/١٠

التى فرض الكلام فيهما فيما تقدم عن صاحب الوافى على أنه في الروضة تابع للرافعي في عبارته ونبه في دقائق المنهاج على ذلك وانه غيرها لهذا المعنى والذى يظهر عبارة الجمهور لان العيب المنقص إذا وجد وزال قبل القبض لا يثبت به خيار فلا اعتبار به وفيه نظر فليتأمل وقال في التهذيب أقل القيمتين من يوم العقد إلى يوم القبض فان كانت النسخة صحيحة ففيه موافقة للمنهاج من بعض الوجوه لكن قوله أقل القيمتين يوافق الجمهور *." (١)

"فاسلفه الدينار ورده عليه أو أطعمه به فعليه دينار كما هو، وقال أيضا: ومستحق سبقه يكون ملكا له يكون لقضائه عليه كالدين يلزمه ان شاء أطعم أصحابه، وان شاء تموله.

قلت: وهذا صحيح إذا نضل الرامى ملك مال النضال وكذلك في السبق وصار كسائر أمواله، فان كان عينا استحق أخذها، وان كان دينا استوجب قبضه ولم يلزمه أن يطعم اصحابه، من أهل النضال والسباق.

وحكى الشافعي عن بعض فقهاء الرماة ان عليه أن يطعم أصحابه ولا يجوز ان يتملكه، وهذا فاسد، لانه لا يخلو اما ان يكون كمال الاجارة أو مال الجعالة لان عقده متردد بين هذين العقدين، والعوض في كل واحد منهما مستحق يتملكه مستحقه ولا يلزمه مشاركة غيره فبطل ما قاله المخالف فيه، فعلى هذا إن مطل به المنضول قضى به الحاكم عليه وحبسه فيه وباع عليه ملكه.

وان مات أو أفلس ضرب به مع غرمائه ويقدم به على ورثته.

وقال الشافعي رضى الله عنه: ولو شرط أن يطعم السبق أصحابه كان فاسدا.

وقد ذكرنا ان مال السبق يملكه الناضل ولا يلزمه ان يطعم أصحابه، فان شرط عليه في العقد أن يطعم أصحابه ولا يملكه كان الشرط فاسدا، لانه ينافى موجب العقد، وفى فساد العقد وجهان (أحدهما) وهو الظاهر من المذهب ان العقد يفسد بفساد الشرط كالبيع.

والوجه الثاني: وهو قول أبى اسحاق المروزى، وبه قال أبو حنيفة ان العقد صحيح لا يفسد بفساد هذا الشرط، لان نفعه لا يعود على مشترطه، وكان **وجوده كعدمه** قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإذا تناضلا لم يخل أما أن يكون الرمى مبادرة أو محاطة أو حوابى فان كان مبادرة، وهو ان يعقد على اصابة عدد من الرشق وان من بدر منهما إلى ذلك مع تساويهما في الرمى كان ناضلا، فان كان العقد على اصابة عشرة من ثلاثين نظرت - فإن أصاب أحدهما عشرة من عشرين، وأصاب الاخر تسعة." (٢)

---

(١) المجموع، ٢٦٧/١٢

(٢) المجموع، ١٧٥/١٥

"أحدهما: تبطل.

والثانى تصح لانه شرط أن تعود إليه بعد ما زال ملكه أو إلى وارثه، وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر في حق المعمر فيصير **وجوده كعدمه**.

(فصل) وأما الرقبى فهو أن يقول: أرقبتك هذه الدار أو دارى لك رقبى ومعناه وهبت لك وكل واحد منا يرقب صاحب، فإن مت قبلى عادت إلى، وان مت قبلك فهى لك، فتكون كالمسألة الثالثة من العمرى، وقد بينا أن الثالثة كالثانية فتكون على قولين، وقال المزني: الرقبى أن يجعلها لآخرهما موتا وهذا خطأ، لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من (أعمر عمرى أو أرقب رقبى فهى للمعمر يرثها من يرثه).

(فصل) ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز الا بقبول من عليه الدين لانه تبرع يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه فافتقر إلى قبوله كالوصية والهبة، ولان فيه التزاما منه فلم يملك من غير قبوله كالهبه، والمذهب الاول، لانه اسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتق والطلاق، والعفو عن الشفعة والقصاص، ولا يصح الابراء من دين مجهول لانه ازالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة.

(الشرح) حديثا جابر أخرجهما أحمد والبخاري ومسلم بلفظ (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له) وفى لفظ عند أحمد ومسلم (قال: أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فمن أعمر عمرى فهى الذى أعمر حيا وميتا ولعقبه) وفى رواية عند أحمد والبخاري ومسلم وأبى داود والترمذي (العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائز لاهلها).

وفى رواية لاحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه (من أعمر رجلا عمرى له

ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها، وهى لمن أعمر وعقبه) وفى رواية لابي داود والنسائي والترمذي وصححه (ايما رجل اعمل عمرى له ولعقبه فإنها للذى يعطاها لا ترجع إلى من أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث) وفى رواية عند." [(١)]

"(أحدهما) وهو قول أبى العباس أن النكاح باطل لانها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها، كما لو حدثت الريبة قبل النقضاء العدة.

(والثانى) وهو قول أبى سعيد وأبى إسحاق أنه يصح، وهو الصحيح، لانها ريبه حدثت بعد انقضاء العدة

---

(١) المجموع، ١٥/٣٩٢

فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد النكاح، ويجوز نكاح الحامل من الزنا لان حملها لا يلحق بأحد فكان وجوده كعدمه.

(الشرح) الاحكام: لا يصح نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) فالعزم على الشئ وعزمه عزما من باب ضرب عقد ضميره على فعله، والمعنى هنا لا تعزموا على عقدة النكاح في العدة، لان العزم عليه بعدها لا بأس به، ثم حذف على.

قال سيبويه: والحذف في هذه الآية لا يقاس عليه.

قال النحاس: يجوز أن يكون المعنى ولا يعقدوا عقدة النكاح، لان معنى

تعزموا وتعقدوا واحد قيل إن العزم على الفعل يتقدمه فيكون في هذا النهى مبالغة، لانه إذا نهى عن المتقدم على الشئ كان النهى عن ذلك الشئ بالاولى وحتى هنا غاية للنهى، وبلوغ الكتاب أجله كناية عن انقضاء العدة، والكتاب هنا هو الحد والقدر الذى رسم من المدة سماه كتابا لكونه محدودا ومفروضا.

كقوله تعالى (إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا) والمراد بالاجل آخر مدة العدة، وإن ارتابت بالحمل بأن أمارات الحمل وشكت هل هو حمل أو لا ؟ فإن حدثت لها هذه الريبة قبل انقضاء العدة: ثم انقضت عدتها بالاقراء أو بالشهور والريبة باقية لم يصح نكاحها لانها تشك في خروجها من العدة والاصل بقاؤها.

وإن انقضت عدتها من غير ريبة فتزوجت ثم حدثت لها ريبة بالحمل لم تؤثر هذه الريبة، لان النكاح قد صح في الظاهر.

وإن انقضت عدتها بالشهور أو بالاقراء ثم حدثت لها ريبة بالحمل فيكره نكاحها، فإن تزوجها رجل فهل يصح، فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لانها مرتابه بالحمل فلم يصح نكاحها، كما لو حدثت بها ريبه قبل انقضاء العدة ثم انقضت عدتها وهى مرتابه بالحمل فلم يصح نكاحها." [١]

"(والثانى) وهو المذهب أن له أن يختار نكاحها لان اختيار الفسخ كان قبل وقته، فكان وجوده كعدمه، كما لو اختار نكاح مشركة قبل إسلامها.

(فصل) وإن أسلم وعنده حرة وأمة وأسلمتا معه ثبت نكاح الحرة وبطل نكاح الامة، لانه لا يجوز أن يبتدئ نكاح الامة مع وجود حرة، فلا يجوز أن يختارها، فإن أسلم وأسلمت الامة معه وتخلفت الحرة فان أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها وبطل نكاح الامة كما لو أسلمتا معا، وان انقضت العدة ولم تسلم بانت

---

(١) المجموع، ١٦/٢٤١

باختلاف الدين، فإن كان ممن يحل له نكاح الامة فله أن يمسكها.
(فصل) وإن أسلم عبد وتحته أربع فأسلمن معه لزمه أن يختار اثنتين فان أعتق بعد إسلامه وإسلامهن لم تجز له الزيادة على اثنتين لانه ثبت له الاختيار وهو عبد وإن أسلم وأعتق ثم أسلمن أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الاربع
لانه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة.
(الشرح) قوله: سد الثلمة يعنى جبر الخلل يقال ثلمته أثلمه وبابه ضرب وفى السيف ثلم وفى الاناء ثلم إذا كسر من شفته.
أما الاحكام: فإنه إذا أسلم الحر وتحته أربع زوجات اماء وأسلمن معه بعد الدخول، فان كان عادما لطول حرة خائفا للعنت لزمه أن يختار واحدة منهن، وان كان واجدا لطول حرة أو آمنا من العنت لم يجز له ان يختار منهن واحدة.
وقال ابو ثور: له أن يختار واحدة منهن بكل حال، لان الاختيار ليس بابتداء نكاح وانما هو كالرجعة، وهذا ليس بصحيح لانه لا يجوز له النكاح للامة، فلا يحل له اختيار نكاحها كالمعتدة.
إذا ثبت هذا: فإن اسلم وهو موسر فلم يسلمن معه حتى اعسر فله ان يختار واحدة منهن اعتبارا بوقت اجتماع اسلامه واسلامهن، وان اسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى ايسر لم يكن له ان يختار واحدة منهن، وان اجتمع اسلامه واسلام بعضهن وهو موسر واجتمع اسلامه واسلام بعضهن وهو معسر فله ان يختار ممن اجتمع اسلامه واسلامهن في حال الاعسار دون يساره، وان اسلم واسلمت واحدة منهن وتخلف ثلاث في الشرك فله ان يختار المسلمة، وله ان ينتظر اسلام." (١)
"وإن قال أنت طالق للبدعة، فإن كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه وقع عليها الطلاق لوجود الصفة.
وهكذا إن كانت في طهر لم يجامعها فيه، ولكنها اسند خلت ماء الزوج، وقع عليها الطلاق لاحتمال أن تكون علقت منه، وان وطئها في الدبر أو فيما دون الفرج ولم يتحقق وصول الماء إلى رحمها فليس بطلاق توقعه.
وإن كانت العدة واجبة عليها لان العدة تجب مرة لبراءة الرحم ومرة للتعبد.
وان كانت في طهر لم يجامعها فيه لم يقع عليها الطلاق، فإذا طعنت في الحيض أو غيب الحشفة في

---

(١) المجموع، ٣١١/١٦

الفرج بعد ذلك وقع عليها الطلاق لوجود الصفة (فرع) إذا تزوج امرأة حاملا من الزنا فهل يجوز له وطؤها قبل وضعها ؟ فيه وجهان المشهور أنه يجوز.

إذا ثبت هذا ودخل بها ثم قال لها: أنت طالق للسنة لم تطلق حتى تلد وتطهر من النفاس، لان هذا الحمل لا حكم له فكان **وجوده كعدمه**

ونخلص إلى فرع آخر ذكره الشافعي في الام: إذا قال لمن لها سنة وبدعة في طلاق: أنت طالق للسنة ان كنت ممن يقع عليها طلاق السنة، فإن كانت في طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الطلاق لوجود الصفه وان كانت في طهر جامعها فيه أو حائضا لم يقع عليها الطلاق لعدم الصفه، فان طلقت بعد ذلك في الطهر لم يقع عليها الطلاق لانه شرط أن يكون حال عقد الطلاق ممن يقع عليها طلاق السنه ولم توجد الصفه.

وان قال لها: أنت طالق للبدعه ان كنت الا ممن يقع عليها طلاق البدعه، فان كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه، وقع عليها الطلاق لوجود الصفة، وان كانت في طهر لم يجامعها فيه لم يقع عليها الطلاق، فإن جامعها أو حاضت لم يقع عليها الطلاق، لانه شرط أن يكون حال عقد الطلاق ولم يوجد الشرط، وان كانت في طهر لم يجامعها فيه فقال: أنت طالق للبدعه فقد قلنا: لا يقع عليها الطلاق في الحال، فان قال أن أردت طلاق السنه، وإنما سبق لساني في البدعه، وقع عليها الطلاق، لان فيه تغليظا عليه ونستطرد إلى فرع آخر في المسأله هذه: إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنه وكانت في طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الثلاث، لان السنه والبدعه للوصف." (١)

"(والثاني) لا يحنث لانه لا يعلم بقاؤه.

وإن ضاع على وجه قد يئس من عوده كالذي يسقط في بحر لم يحنث، لان **وجوده كعدمه**، ويحتمل ألا يحنث في كل مال لا يقدر على أخذه كالمجحود والمغصوب والذي على غير ملئ لانه لانفع فيه وحكمه حكم المعدوم في جواز الاخذ من الزكاة، وانتفاء وجوب أدائها.

وقد مضى في الزكاة للامام النووي مزيد بحث وتفصيل (فرع) إذا تزوج لم يحنث لان ما يملكه ليس مالا، وإن وجب له حق شفعة لم يحنث لانه لم يثبت له الملك به.

وإن استأجر عقارا أو غيره لم يحنث لانه لا يسمى مالك لمال، وما بقى من الفصول فعلى وجهه

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن حلف لا يكلم فلانا حينا أو دهرا أو حقبا أو زمانا بر بأدنى

---

(١) المجموع، ١٧/ ١٥٨

زمان، لانه اسم للوقت، ويقع على القليل والكثير، وإن حلف لا يكلمه مدة قريبة أو مدة بعيدة بر بأدنى مدة، لانه ما من مدة إلا وهى قريبة بالاضافة إلى ما هو أبعد منها، بعيدة بالاضافة إلى ما هو أقرب منها (فصل) وان حلف لا يستخدم فلانا فخدمه وهو ساكت لم يحنث، لانه حلف على فعله وهو طلب الخدمة ولم يوجد ذلك منه، وإن حلف لا يتزوج أو لا يطلق فأمر غيره حتى تزوج له أو طلق عنه لم يحنث، لانه حلف على فعله نفسه ولم يفعل.

وإن حلف لا يبيع أو لا يضرب فأمر غيره ففعل - فإن كان ممن يتولى ذلك بنفسه - لم يحنث لما ذكرناه، وإن كان ممن لا يتولى ذلك بنفسه كالسلطان فالمنصوص أنه لا يحنث.

وقال الربيع: فيه قول أخر أنه يحنث، ووجه أن العرف في حقه أن يفعل ذلك عنه بأمره، واليمين يحمل على العرف، ولهذا لو حلف لا يأكل الرؤوس حملت على رءوس الانعام، والصحيح هو الاول، لان اليمين على فعله والحقيقة لا تنتقل بعادة الحالف، ولهذا لو حلف السلطان أنه لا يأكل الخبز أو لا يلبس الثوب فأكل خبز الذرة ولبس عباءة حنث.

وإن لم يكن ذلك من عادته." [١]

"مسلم مسلما ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات، فإن أقام في الردة زمانا يسرى الجرح في مثله لم يجب القصاص، لان الجناية في الاسلام توجب القصاص، والسراية في الردة تسقط القصاص، فغلب الاسقاط، كما لو جرح جرحا عمدا وجرحا خطئا، فإن لم يقم في الردة زمانا يسرى فيه الجرح ففيه قولان أحدهما: لا يجب فيه القصاص، لانه أتى عليه زمان لو مات فيه لم يجب القصاص فسقط، والثانى: يجب القصاص وهو الصحيح، لان الجناية والموت وجدا في حال الاسلام، وزمان الردة لم يسر فيه الجرح، فكان **وجوده كعدمه** وان قطع يده ثم ارتد ثم مات ففيه قولان: (أحدهما) يسقط القصاص في الطرف، لانه تابع للنفس، فإذا لم يجب القصاص في النفس لم يجب في الطرف (والثانى) وهو الصحيح أنه يجب، لان القصاص في الطرف يجب مستقرا

فلا يسقط بسقوطه في النفس، والدليل عليه أنه لو قلع طرف إنسان ثم قتله من لاقصاص عليه لم يسقط القصاص في الطرف وان سقط في النفس (فصل) وان قتل مرتد ذميا ففيه قولان (أحدهما) أنه يجب القصاص، وهو اختيار المزني لانهما كافران، فجرى القصاص بينهما كالذميين (والثانى) أنه لا يجب لان حرمة الاسلام باقية في المرتد بدليل أنه يجب عليه قضاء العبادات، ويحرم استرقاقه، وان كانت امرأة لم

---

(١) المجموع، ١٨/١٠٠

يجز للذمي نكاحها، فلا يجوز قتله بالذمي، وان جرح مسلم ذميا ثم ارتد الجاني ثم مات المجني عليه لم يجب القصاص قولا واحدا لانه عدم التكافؤ في حال الجناية فلم يجب القصاص وإن وجد التكافؤ بعد ذلك، كما لو جرح حر عبدا ثم أعتق العبد وان قتل ذمى مرتدا فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال يجب عليه القصاص إن كان القتل عمدا، والدية ان كان خطأ لان الذمي لا يقتل المرتد تدينا.

وانما يقتله عنادا، فأشبه إذا قتل مسلما وقال أبو إسحاق لا يلزمه قصاص ولا دية، وهو الصحيح، لانه مباح الدم فلم يضمن بالقتل، كما لو قتله مسلم.

وقال أبو سعيد الاصطخرى: ان قتله عمدا وجب القصاص لانه قتله عنادا ؛ وان قتله خطأ لم تلزمه الدية لانه لا حرمة له." (١)

"(فصل) وإن استأجر امرأة ليزني بها فزنى بها أو تزوج ذات رحم محرم فوطئها وهو يعتقد تحريمها وجب عليه الحد لانه لا تأثير للعقد في إباحة وطئها فكان **وجوده كعدمه**، وإن ملك ذات رحم محرم ووطئها ففيه قولان (أحدهما) أنه يجب عليه الحد لان ملكه لا يبيح وطأها بحال فلم يسقط الحد (والثانى) أنه لا يجب عليه الحد، وهو الصحيح لانه وطئ في ملك فلم يجب به الحد كوطئ أمته الحائض، ولانه لا يختلف المذهب أنه يثبت به النسب وتصير الجارية أم ولد له فلم يجب به الحد، فإن وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لم يجب عليه الحد.

وقال أبو ثور: إن علم بتحريمها وجب عليه الحد، لان ملك البعض لا يبيح الوطئ فلم يسقط الحد كملك ذات رحم محرم.

وهذا خطأ لانه

اجتمع في الوطئ ما يوجب الحد وما يسقط فغلب الاسقاط، لان مبنى الحد على الدرء والاسقاط، وإن وطئ جارية ابنه لم يجب عليه الحد، لان له فيها شبهة ويلحقه نسب ولدها فلم يلزمه الحد بوطئها (الشرح) حديث (رفع القلم...) سبق تخريجه حديث (رفع عن أمتى...) أخرجه الطبراني عن ثوبان.

أثر سعيد بن المسيب أخرجه البيهقى في السنن من رواية بكر بن عبد الله عن عمر أنه كتب إليه في رجل قيل له متى عهدك بالنساء فقال البارحة، قبل بمن ؟ قال بأم مثواى - يعنى ربة منزلي - فقيل له قد هلكت، قال ما علمت أن الله حرم الزنا، فكتب عمر أن يستحلف ثم يخلى سبيله وقال الحافظ في التلخيص: وروينا في فوائد عبد الوهاب بن عبد الرحيم الجويرى قال: أنا سفيان عن عمر وبن دينار أنه سمع سعيد بن

---

(١) المجموع، ٣٥٥/١٨

المسيب يقول: ذكر الزنا بالشام فقال رجل قد زنيت البارحة، فقالوا ما تقول ؟ فقال أو حرمه الله ؟ ما علمت أن الله حرمه، فكتب إلى عمر فقال: إن كان علم أن الله حرمه فحدوه، وإن لم يكن علم فعلموه فإن عاد فحدوه.

ثم قال وهكذا أخرجه عبد الرزاق حديث سهل أخرجه البيهقى بألفاظ مقاربة وأحمد وأبو داود وفيه عبد السلام." (١)

"(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن الزوج كالثلاثة لانه أتى بلفظ الشهادة فيكون على القولين.

(فصل) فإن شهد أربعة على رجل بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم، فإن كان بسبب ظاهر بأن كان عبدا أو كافرا أو متظاهرا بالفسق كان كما لو لم يتم العدد لان **وجوده كعدمه**، وإن كان بسبب خفى كالفسق الباطن ففيه وجهان (أحدهما) أن حكمه حكم ما لو نقص بالعدد، لان عدم العدالة كعدم العدد (والثانى) أنهم لا يحدون قولا واحدا، لانه إذا كان الرد بسبب في الباطن لم يكن من جهتهم تفريط في الشهادة لانهم معذورون فلم يحدوا، وإذا كان بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب عليهم الحد.

وإن شهد أربعة بالزنا ورجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف لانه اعترف بالقذف. ومن أصحابنا من قال في حده قولان، لانه أضاف الزنا إليه بلفظ الشهادة وليس بشئ، وأما الثلاثة فالمنصوص أنه لا حد عليهم قولا وحدا لانه ليس من جهتهم تفريط لانهم شهدوا والعدد تام ورجوع من رجع لا يمنكهم الاحتراز منه.

ومن أصحابنا من قال في حدهم قولان وهو ضعيف، فإن رجعوا كلهم قالوا تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد، ومن أصحابنا من قال فيه قولان وليس بشئ وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وشهد أربع نسوة أنها بكر لم يجب عليها الحد لانه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل، ويحتمل أن تكون عائدة، لان البكارة تعود إذا لم يبالغ في الجماع فلا يجب الحد مع الاحتمال ولا يجب الحد على الشهود، لانا إذا درأنا الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية وهم كاذبون وجب أن ندرأ الحد عنهم لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون (فصل) ويثبت المال وما يقصد به كالبيع والاجارة والهبة والوصية والرهن والضمان بشاهد وامرأتين لقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان) فنص على ذلك

---

(١) المجموع، ٢٠/٢٠

في السلم وقسنا عليه المال

وكل ما يقصد به المال." (١)

"اول الكلام ستة قال في الشامل وهذا اقيس (والثالث) يلزمه ستة لان الاستثناء الاول باطل لاستغراقه فيكون **وجوده كعدمه** ويرجع الاستثناء إلى اول الكلام ولو قال على عشرة الا عشرة الا خمسة فعلى الوجه الاول يلزمه عشرة وعلى الاخيرين خمسة هذا إذا لم يكن في الاستثناء عطف اما إذا قال عشرة الا خمسة والا ثلاثة أو على عشرة الا خمسة وثلاثة فهما جمعا مستثنيان من العشرة ولا يلزمه الا درهمان فان كان العدد ان بحيث لو جمعا حصل الاستغارق كما إذا قال على عشرة الا سبعة وثلاثة فيلزمه عشر لان الواو تجمعهما وتوجب الاستغراق أو يخص الثاني بالبطلان لان الاول صح استثناؤه والثانى مثل العدد الباقي فهو المستغرق فيه وجهان قال الشيخ أبو على (اصحهما) الثاني وراى ان يفرق بين قوله عشرة الا سبعة وثلاثة وبين قوله عشرة الا سبعة الا ثلاثة فيقطع في الصورة الثانية بالبطلان لانهما استثنا آن مستقلان فيحصل من ذلك وجه ثالث فارق ومهما كان في المستثنى والمستثنى منه عدد ان معطوف احدهما على الاخر ففى الجمع بينهما وجهان كما الصورة السابقة اصحهما ويحكى عن نصه في الطلاق وبه اجاب ابن الحداد والاكثرون انه لا يجمع لان الوالو العاطفة وان اقتضت الجمع لكنها لا تخرج الكلام عن كونه ذا جملتين من جهة اللفظ والاستثناء ويدور على اللفظ مثاله إذا قال على درهمان ودرهم الا درهمان ان لم يجمعه لزمه ثلاثة لانه استثنى درهمان من درهم وان جمعنا لزمه درهم فكان الاستثناء مستغرقا ولو قال ثلاثة الا درهما ودرهمين فان لم نجمع لزمه درهمان وان جمعتا فثلاثة ولو قال درهم فدرهم ودرهم الا درهما ودرهما ودرهما لزمه." (٢)

" معصية لأن السفر حركاته التي هو عليها معاقب فلم يجز أن يجلب التخفيف والرخص ، ولأن ما يتعلق بالسفر من رخصة تخفيف من الله سبحانه على عباده لما يلحقهم من المشقة فيه ليكون ذلك معونة لهم وقوة على سفرهم ، والعاصي لا يستحق المعونة فلم يجز أن يستبيح الرخصة ، ولأنه لما كان سفر المعصية مانعا من صلاة الخوف لأجل المعصية وجب أن يكون مانعا من سائر الرخص لأجل المعصية ، وتحريره قياسا أن السبب المحظور لا يسقط شيئا من فرض الصلاة كالخوف بالقتال المحظور لا يبيح صلاة شدة الخوف ، ولأن الرخص إذا استبيحت بشرط ، وكان الشرط مردودا بالشرع صار مفقودا كالمطلقة

---

(١) المجموع، ٢٠/٢٥٤

(٢) الشرح الكبير للرافعي، ١١/١٧٧

ثلاثا لما شرط في عودها إلى الأول نكاح زوج ثان ، ثم كان نكاح الزوج الثاني لورود الشرع بفساده كان وجوده كعدمه في تحريمها على الأول ، كذلك القصر لما كان مشروطا بالسفر وكان سفره لمعصية مردودا بالشرع صار كالمعدوم ، وإذا عدم السفر حرمت الرخصة . فأما تعلقهم بالآية والخبر فأدلتنا مخصصة لهما ، وأما قياسهم على الجمعة والصبح فوصف العلة غير موجود في الأصل عندنا ، وفي الأصل والفرع عندهم ، على أن المعنى في الجمعة وفي الصبح أن الاقتصار فيهما على ركعتين لا يختص بسبب من جهته فلا يقع الفرق بينهما من طاعته ، ومعصيته ، ولما كانت رخص السفر بسبب حادث من جهته ، وهو السفر وقع الفرق فيه بين طاعته ومعصيته فاستباح الرخص مع الطاعة ومنع منها مع المعصية ، وأما جمعهم بين معصية المقيم ، والمسافر في جواز استباحة الرخص ، فقد كان أبو سعيد الاصطخري يمنع المقيم منها كما يمنع المسافر ويجمع بينهما في حظر الرخص عليهما ، فعلى هذا بطل استدلالهم به ، وذهب سائر أصحابنا إلى أن المقيم يجوز له أن يترخص وإن كان عاصيا بخلاف المسافر . والفرق بينهما أن الإقامة نفسها ليست معصية : لأنها كف وإنما الفعل الذي توقعه في الإقامة معصية ، فلما لم تكن الإقامة معصية لم تمنع الرخص ، والسفر في نفسه معصية ، لأنه فعل ، وحركة يتوصل بها إلى المعاصي فكانت معصية ، وإذا كان السفر معصية لم يجز أن يبيح الرخص . فإن قيل : قد تكون نفس الإقامة معصية وهو أن ينوي الإقامة لزنا ، أو قتل إنسان . قيل : لا تكون الإقامة معصية ، وإنما المعصية هو العزم على الفعل ، وما نواه من الرق ، والقتل ، ألا تراه يعاقب على عزمه ، ولا يعاقب على نية مقامه ، والسفر حركات هو عليها معاقب ، فعلم أن السفر معصية ، والإقامة ليست بمعصية . وأما الجواب عمن أحدث المعصية في سفره ، وقد أنشأه طائعا فليس للشافعي فيه نص ، ولأصحابنا فيه وجهان : ." (١)

" تطوعا بناء على أصله في أن من عليه فرض الحج يصح منه التطوع بالحج ، ونحن نبني ذلك على أصلنا في أن الصبي يصح منه الحج ، وأن من عليه فرض الحج لا يصح منه التطوع بالحج وقد مضى الكلام على هذين الأصلين ، ثم من الحجاج في غير المسألة أن قال : كيف يجزئ الصبي والعبد عن فرضهما حج ابتداء تطوعا وليس مثل من يحرم بالتطوع وعليه فرض ؛ لأن إحرام من أحرم بالتطوع وعليه فرض لم يعقد على تطوع ، وإنما انعقد على فرض ، وإحرام هذين انعقد على تطوع فلا ينقلب إلى فرض . والدلالة عليه حديث عبد الرحمن بن يعمر الديلي قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفة وأتاه ناس من أرض نجد ، فقالوا : يا رسول الله كيف الحج ؟ قال : الحج عرفة فمن جاء قبل طلوع الفجر من

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٨٩/٢

ليلة جمع فقد تم حجه . فكان على عمومه ولأنه وقوف مكلف تعقب إحراما صادف حرية وإسلاما ، فوجب أن يسقط به الفرض قياسا على من كان بهذه الأوصاف فابتدأ الإحرام بالحج . فأما الجواب عن قوله : إن إحرام هذين قد انعقد تطوعا فلم يصر فرضا ، وخالف من أحرم بالتطوع وعليه الفرض ؛ لأنه لم ينعقد بالتطوع ، وإنما انعقد بالفرض أن يقال له : لا فرق بينهما به لما امتنع بما تقدم من الحجاج أن يبتدئ بالتطوع وعليه الفرض ، وقد يتحرر ذلك قياسا فنقول : كل من لزمه فرض الحج لم يصح منه التطوع بالحج كالمبتدئ .

فصل : فإذا تقرر أنه يجزئهما عن حجة الإسلام فهل عليهما دم أم لا أي العبد الذي أعتق والصبي الذي بلغ قبل انتهاء يوم عرفة ؟ على قولين : أحدهما : عليهما دم ؛ لأن إحرام الفرض إنما اعتدا به من الوقت الذي صار فيه من أهل الفرض ، وما مضى من إحرامهما المتقدم ليس بفرض ، فكان **وجوده كعدمه** ، وصار كمن مر بميقات بلده مريدا للحج فأحرم بعده فلزمهما لأجل ذلك دم . والقول الثاني : وهو الصحيح أنه لا دم عليهما لإتيانهما بالإحرام الصحيح من الميقات على حسب قدرتهما ، كما لو تقدم بلوغهما وحريتهما .

فصل : وإن كان البلوغ والحرية بعد الوقوف بعرفة فهذا على ضربين : أحدهما : أن يكون زمان الوقوف فائتا . والثاني : أن يكون باقيا ، فإن كان زمان الوقوف فائتا لوجود البلوغ والحرية بعد طلوع الفجر من يوم النحر ، فيكون حجهما تطوعا ولا يجزئهما عن حجة الإسلام ؛ لوجود ما يتعلق به إدراك الحج ، وهو الوقوف قبل وجوب الحج ، فإن أمكنهما الحج في العام المقبل ، ووجدت شرائط الوجوب لزمهما فرض الحج ، وإن عدما شرائط الوجوب لم يلزمهما فرض الحج ولا دم عليهما في هذا الحج لا يختلف ؛ لأن حجة الإسلام لم تسقط عنهما ، فإن قيل : أليس لو أحرم الصبي بصلاة وقته ، ثم بلغ قبل السلام منها أجزأته عن فرضه ، وإن كان ما بقي منها أقلها فهلا ." (١)

"قال الماوردي : وهذا صحيح ، وهذا مما قد انعقد الإجماع عليه : أن ولد الابن يقومون مقام ولد الصلب إذا عدم ولد الصلب في فرض النصف لإحداهن والثلثين لمن زاد ، وفي مقاسمة إخوتهن للذكر مثل حظ الأنثيين وفي حجب الأم والزوج والزوجة إلا مجاهدا فإنه خالف في الحجب بهم ووافق فيما سوى

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي - الماوردي، ٢٤٥/٤

ذلك من أحكامهم ، وهو مع دفع قوله بالإجماع محجوج بموافقته على ما سوى الحجب أن يكون دليلا عليه في الحجب ، ثم إذا كانت بنت الابن تقوم مقام بنت الصلب عند عدمها كانت بنت الابن معها في استحقاق السدس قائمة مقام بنت الابن مع ابنة الصلب ، والله أعلم .

فصل : فعلى هذا لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض فتنزيلهن أن العليا منهن هي بنت ابن والوسطى هي بنت ابن ابن والسفلى منهن هي بنت ابن ابن ابن ، فعلى هذا يكون للعليا النصف وللوسطى السدس وتسقط السفلى ، فإن كان مع السفلى أخوها كان الباقي بعد النصف والسدس بين السفلى وأخيها للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهكذا لو كان مع السفلى ابن عمها كان في درجتها وعصبها فأخذ الباقي معها للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهكذا لو كان مع الوسطى ابن أخيها فهو في درجة السفلى فيعصبها فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين ، فلو كان مع السفلى ابن أخيها وكان أسفل منها بدرجة فيعصبها أيضا فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين : لأن ولد الابن يعصب أخته ومن علا عماته اللاتي ليس لهن فرض مسمى ، ويعصب من كان في درجته ، وإن كان لها فرض مسمى ، فلو ترك أربع بنات ابن بعضهن أسفل من بعض مع السفلى منهن أخوها أو ابن عمها أو ابن أخيها ، فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بين الثالثة والرابعة ، والذكر الذي في درجة السفلى أو أسفل منها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فلو ترك بنتي ابن وبنت ابن ابن وبنت ابن ابن ابن معها أخوها ، كان لبنتي الابن الثلثان والباقي بين بنت ابن الابن وبين بنت ابن ابن الابن وأخيها للذكر مثل حظ الأنثيين : لأن استيفاء بنتي الابن الثلثين يسقط فرض من بعدهما ويأخذ الباقي بمشاركة الذكر الذي في درجتهن أو أسفل منهن بالتعصيب ، فلو ترك بنت صلب وثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض كان لبنت الصلب النصف ولبنت الابن العليا السدس تكملة الثلثين وسقطت الوسطى والسفلى من بنات الابن ، فإن كان مع السفلى أخوها أو ابن عمها أو ابن أخيها عصبها وعصب الوسطى التي هي أعلى منها وكان الباقي بعد النصف والسدس بين الوسطى والسفلى وأخيها أو ابن أخيها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فلو ترك بنات ابن بعضهن أسفل من بعض مع كل واحدة منهن أخوها ، كان المال كله بين العليا وأخيها للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط من بعدهما ، فلو كان مع كل واحدة من بنات الابن الثلاث ابن أخيها كان للعليا منهن النصف : لأن ابن أخيها في درجة الوسطى وكان الباقي بعد نصفها للوسطى وابن أخي العليا للذكر مثل حظ الأنثيين ، فلو كان مع كل واحدة من بنات الابن الثلاث ابن عمها كان كالأخ : لأنه في درجة كل واحدة منهن ، فيكون المال كله بين العليا وبين ابن عمها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فلو كان مع كل واحدة من بنات الابن الثلاث خالها ، فخال بنات الابن أجنبي من الميت

فيكون **وجوده كعدمه** ، فلو كان مع كل واحدة منهن عم ابن أخيها فهو أخوها ، فيكون على ما مضى المال كله بين العليا وعم ." (١)

" يجمع لهم بين الفرض والتعصيب فيشاركوا ولد الأم في فرضهم ويأخذون الباقي بعد الفرض بتعصيب وفي إبطال هذا إبطال لفرضهم . ودليلنا على التشريك عموم قوله تعالى : للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون [النساء ١٧] فاقتضى ظاهر هذا العموم استحقاق الجميع إلا من حصة الدليل ولأنهم ساووا ولد الأم في رحمهم ، فوجب أن يشاركوهم في ميراثهم قياسا على مشاركة بعضهم لبعض ولأنهم بنو أم واحدة ، فجاز أن يشتركوا في الثلث قياسا عليهم إذا لم يكن فيهم ولد أب ، ولأن كل من أدلى بسببين يرث بكل واحد منهما على الانفراد جاز إذا لم يرث بأحدهما أن يرث بالآخر قياسا على ابن العم إذا كان أخا لأم ، ولأن كل من فيه معنى التعصيب والفرض جاز إذا لم يرث بالتعصيب أن يرث بالفرض قياسا على الأب ، ولأن أصول المواريث موضوعة على تقديم الأقوى على الأضعف ، وأدنى الأحوال مشاركة الأقوى للأضعف ، وليس في أصول المواريث سقوط الأقوى بالأضعف ، وولد الأب والأم أقوى من ولد الأم لمشاركتهم في الأم وزيادتهم بالأب ، فإذا لم يزدهم الأب قوة لم يزدهم ضعفا ، وأسوأ حاله أن يكون **وجوده كعدمه** كما قال السائل : هب أن أباهم كان حمارا . فأما الجواب عن قول النبي – صلى الله عليه وسلم – فما أبقت الفرائض فلأولى ذكر ، فهو أن ولد الأب والأم يأخذون بالفرض لا بالتعصيب ، فلم يكن في الخبر دليل على منعهم . وأما قياسهم على الإخوة للأب فالجواب عنه : أنهم لا يأخذون بالفرض لعدم إدلائهم بالأم ، وخالفهم ولد الأب والأم ، وأما استدلالهم بأن من كان عصبة سقط عند استيعاب الفروض لجميع التركة . فالجواب عنه : إن تعصيب ولد الأب والأم قد سقط ، وليس سقوط تعصيبهم يوجب سقوط رحمهم كالأب إذا سقط أن يأخذ بالتعصيب لم يوجب سقوط أخذه بالفرض . فإن كانت المسألة زوجا وأما وجدا وأخا ، سقط الأخ : لأنه الجد يأخذ فرضه برحم الولادة ، فجاز أن يسقط مع الأخ لفقد هذا المعنى فيه وخالف ولد الأم لمشاركته له من جهة الأم . وأما استدلالهم بأن من حاز جميع المال بالتعصيب جاز أن يكون بعصبته سببا لحرمانه كزوج وأخت لأب وأم وأخت لأب لو كان مكانها أخ لأب سقط . فالجواب أن الأخ للأب ليس له سبب يرث به إلا بالتعصيب وحده ، فلم يجز أن يدخل بمجرد التعصيب على ذوي الفرض . ألا ترى أنه لو اجتمع في هذه المسألة مع الأخت للأب الأخ للأب أسقطها : لأنه

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٠٣/٨

نقلها عن الفرض إلى التعصيب ، وليس كذلك الإخوة للأب والأم : لأن لهم رحما بالأم يجوز أن يشاركوها ولد الأم ، ألا ترى أنهم لو اجتمعوا معهم لم يسقطوهم ، فكذلك لم يسقطوا بهم . ." [١]

"أحدهما : يجري عليها حكم الاختيار ، اعتبارا بوقت الفعل لأنها تجد من تقديمه قبل الحاجة بدا . والثاني : يجري عليها حكم عدم الاختيار ، اعتبارا بوقت الفعل : لأنها تجد من تقديمه قبل الحاجة بدا بحال الفعل : لأنها لا تجد من فعله بدا ، وكذلك لو خالعته دل الخلع على اختيارها فمنعها طلاق الخلع من الميراث ، هذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة . وقال مالك : لها الميراث وإن اختارت الطلاق وسألته ، وقال أبو علي بن أبي هريرة من أصحابنا تعلقا بأن تماضر بنت الأصبغ الكلبية سألت عبد الرحمن بن عوف الطلاق ، فورثها عثمان رضي الله عنه ولأنه لما كان القتل مانعا من الميراث لم يقع الفرق فيه بين أن يكون عن سؤال وغير سؤال ، حتى لو قال له الموروث : اقتلني فقتله لم يرثه ، كذلك الطلاق في المرض لما كان موجبا للميراث لم يقع الفرق فيه بين أن يكون عن سؤال وغير سؤال ، وهذا فاسد : لأن استحقاق الإرث إنما يكون لأجل التهمة في الإرث فإذا اختارت وسألت زالت التهمة وسقط موجب الإرث ، ولأنها إذا سألت واختارت ، صارت الفرقة منسوبة إليها فجرى مجرى فسخها بالعيوب التي لا توجب ميراثها ولا ميراثه منها . وأما تماضر فكل ما أخذته وإن سألت الطلاق صلحا لا إرثا ، على أنه لم يطلقها حتى سألته لأنه أمسكها حتى حاضت ثم طهرت ثم طلقها . وإذا تأخر طلاقه عن سؤالها لم يكن جوابا ، وصار طلاقا مبتدأ ، وقيل أنها سألته في حال الصحة فطلقها في المرض . وأما الإرث في القتل فوجوده كعدمه في الحظر سواء فكان في حكم الميراث سواء وخالف سؤال الطلاق والله أعلم .

مسألة : قال الشافعي : " لو أقر في مرضه أنه طلقها في صحته ثلاثا هل ترث منه . ؟ لم ترثه وحكم الطلاق في الإيقاع والإقرار في القياس عندي سواء . وقال في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى لا ترث المبتوتة قال المزني وقد احتج الشافعي رحمه الله على من قال إذا ادعيا ولدا فمات ورثه كل واحد منهما نصف ابن وإن ماتا ورثهما كمال أب فقال الشافعي الناس يرثون من يورثون فألزمهم تناقض قولهم إذ لم يجعلوا الابن منهما كهما منه في الميراث فكذلك إنما ترث الزوجة الزوج من حيث يرثها فإذا ارتفع

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٥٧/٨

المعنى الذي يرثهم به لم ترثه وهذا أصح في القياس وكذا قال عبد الرحمن بن عوف ما فررت من كتاب الله ولا من سنة رسوله وتبعه ابن الزبير " . ." (١)

"ولم يكن هذا منهم إلا عن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاحتمل أن يكون هذان الخبران في رجلين ، وهو الأظهر : لاختلاف الحالين . واحتمل أن يكون في رجل واحد ، روي على لفظتين مختلفتين ، وحالتين متقاربتين ، وأيهما كان فهو دليل . ومن القياس : أنه وطء محرم بدواعيه غير مختلف فيه ، فوجب أن يكون مع العلم بتحريمه موجبا للحد ، إذا لم يصادف ملكا قياسا عليه إذا تجرد عن عقد . فإن قيل : العقد شبهة . قيل : الشبهة ما اشتبه حكمه بالاختلاف في إباحته كنكاح المتعة ، وهذا غير مشتبه للنص على تحريمه ، فلم يكن شبهة . وقولنا : يحرم بدواعيه ، احترازا من وطء المحرمة والصائمة الحائض . وقولنا : غير مختلف فيه ، احترازا من المناكح المختلف فيها . وقولنا : إذا لم يصادف ملكا ، احترازا من الأمة المشتركة بين اثنين . ولأنه عقد على من لا يستباح بحال ، فوجب أن يكون **وجوده كعدمه** ، كالعقد على الغلام ، ولأن هذا العقد لا تأثير له : لوجود التحريم بعده كوجوده قبله . وأما قياسهم على المناكح الفاسدة فالمعنى فيه : ما ذكرنا من اختلاف الناس فيه . وقياسهم على الكافرين فالمعنى فيه : أنهم يرونه مباحا في دينهم . واستدلالهم بأنه لا ينطلق عليه اسم الزنا فغير صحيح : لأن اسم الزنا لا ينطلق عليه في المجوس : لاعتقادهم إباحته ، وينطلق عليه من المسلمين للنص والإجماع على تحريمه ، فهذا حكم العقد وشبهته ، وهما شرطان من الستة .

فصل : وأما الملك : فهو أن يطأ به أمة يصح ملكه لها ، ولم يحرم عليه وطؤها حد الزنا ، فيكون مباحا كالنكاح . فإن كانت محرمة عليه كالأمهات والأخوات ، فعند أبي حنيفة أنه لا حد عليه في وطئهن على أصله الذي قدمناه . وعلى مذهب الشافعي ينظر ، فإن كانت ممن لا يستقر له عليها ملك كالأم والجدة فوطؤه لها وإن ملكها زنا يوجب الحد : لأن ملكه قد زال بعتقها عليه . وإن كانت ممن يستقر له عليها ملك من الأخوات والعمات وسائر ذوات المحارم ، ففي وجوب الحد عليها بالوطء – مع العلم بالتحريم – قولان : أحدهما : يجب الحد عليه : لأنه ملك لا يستباح به الوطء بحال ، فأشبه ملك الغلام . ." (٢)

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٠/٢٦٧

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٣/٢١٩

" مسألة : قال الشافعي : (ولا يجوز السبق إلا معلوما المال المخرج في عقد المناضلة كما لا يجوز في البيوع) . قال الماوردي : وهذا صحيح يريد بالسبق المال المخرج في العقد ، فلا يصح معه العقد حتى يكون معلوما من وجهين ، إما بالتعيين كاستباقهما على عين شاهد ، وإما بالصفة كاستباقهما على مال في الذمة ؛ لأنه من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ، فإن تسابقا على ما يتفقان عليه أو على ما يحكم به زيد كان باطلا للجهالة به عند العقد . ولو تسابقا وتناضلا على مثل ما يسابق أو يناضل به زيد وعمرو . فإن كان ذلك بعد علمهما بقدره صح ، وإن كان قبل علمهما بقدره بطل ، ولو كان لأحدهما في ذمة الآخر قفيز من حنطة ، فتناضلا عليه ، فإن كان القفيز مستحقا من سلم لم يصح لأن المعاوضة على السلم قبل قبضه لا تصح ، وإن كان عن غصب صح ؛ لأن المعاوضة عليه قبل قبضه تصح ، وإن كان من قرض ، فعلى وجهين من الوجهين في صحة المعاوضة عليه قبل قبضه ، ولو تناضلا على دينار إلا دانقا صح ، ولو تناضلا على دينار إلا درهما لم يصح لأن يكون بالاستثناء من جنسه معلوما ، وبالاستثناء من غير جنسه مجهولا ، ولو تناضلا على دينار معجل وقفيز حنطة مؤجل صح ؛ لأنه على عوضين حال ومؤجل ، ولو تناضلا على أن يأخذ الناضل دينارا ويعطي درهما لم يجز لأن الناضل من شرطه أن يأخذ ولا يعطي ، ولو تناضلا على دينار بذله أحدهما فإن نضل دفعه ، ولم يرم أبدا أو شهرا كان العقد فاسدا لأنه قد شرط فيه الامتناع ، وهو مندوب إليه ، فبطل وإذا تناضلا وقد فسد العقد بما ذكرنا ، فنضل أحدهما ، فإن كان الناضل باذل المال ، فلا شيء على المنضول ، وإن كان الناضل غير الباذل ففي استحقاقه لأجرة مثله على الباذل وجهان على ما مضى .

مسألة : قال الشافعي : (ولو اشترط أن يطعم أصحابه كان فاسدا الجعل في المناضلة) . قال الماوردي : قد ذكرنا أن مال السبق يملكه الناضل ، ولا يلزمه أن يطعمه أصحابه ، فإن شرط عليه في العقد أن يطعمه أصحابه ، ولا يملكه كان الشرط فاسدا لأنه ينافي موجب العقد ، وفي فساد العقد به وجهان : أحدهما : وهو الظاهر من مذهب الشافعي أن العقد يفسد بفساد الشرط في المناضلة كالبيع . والوجه الثاني : وهو قول أبي إسحاق المروزي ، وبه قال أبو حنيفة : إن العقد صحيح لا يفسد بفساد هذا الشرط ؛ لأن نفعه لا يعود على مشترط وكان **وجوده كعدمه** .

". [1]

" ذلك الموهوب لا يتجاوزهما ، وهو موقوف عليهما مع التصرف فيه باجتماعهما كالشريكين . والقول الثاني : حكاه الربيع ، أن الهبة باطلة مع إذنه كبطلانها بغير إذنه ، لأمرين : أحدهما : أن ملك المكاتب ضعيف وملك الموهوب له قوي ، فلم يجز أن يحدث عن الضعيف ما هو أقوى منه . والثاني : أن كل واحد منهما ممنوع أن ينفرد بهذا التصرف ، فضعف الإذن عنه ، وصار **وجوده كعدمه** . فأما خلع المكاتبة فمن أصحابنا من خرجه على قولين كالهبة ، ومنهم من أبطله قولا واحدا بخلاف الهبة ، للفرق بينهما مما في الهبة من استحقاق المكافأة على قول من أوجبها ، أو جميل الذكر وثواب الآخرة على قول من أسقطها ، وليس في الخلع مكافأة ، ولا ثناء ، ولا ثواب . وأما محاباة المكاتب فيما باع واشترى إذا خرج عما يتغابن الناس بمثله ، فهو كالهبة إن فعله بغير إذن السيد بذل ، وإن كان بإذنه فعلى القولين ، وكذلك القول فيما تطوع به من صدقة أو نفقة في بر إن كان بغير إذنه مردود إذا أمكن استدراكه ، وبإذنه على القولين .

مسألة لا يكفر في شيء من الكفارات إلا بالصوم

مسألة : قال الشافعي رحمه الله : (ولا يكفر في شيء من الكفارات إلا بالصوم) . قال الماوردي : إذا وجبت على المكاتب كفارة فما الحكم ؟ ففرضه فيها أن يكفر بالصوم دون الإطعام والعتق ، لجريان أحكام الرق عليه كالعبد ، فإن عدل عنه إلى العتق لم يجزه ، لأن الولاء فيه لغيره ، سواء كان بإذن السيد أو بغير إذنه ، وإن عدل إلى الإطعام فإن كان بغير إذن السيد لم يجزه ، وإن كان بإذنه لم يجزه على قوله في الجديد ، أن العبد لا يملك إذا ملك ، وفي أجزائه على القديم إذا قيل : إن العبد يملك إذا ملك ، وجهان مخرجان من قولي الهبة .

مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " وإن باع فلم يفترقا حتى مات المكاتب وجب البيع ، وقال في كتاب البيوع إذا مات أحد المتبايعين قام وارثه مقامه " . قال الماوردي : وقال في كتاب البيوع ، إذا مات

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٥/٢٠٨

أحد المتبايعين قام الوارث مقامه ، وأما خيار المجلس فمستحق في عقد كل بيع يستوي فيه الحر والعبد ، والمالك ." [1]

"كان سفر المعصية مانعا من صلاة الخوف لأجل المعصية وجب أن يكون مانعا من سائر الرخص لأجل المعصية ، وتحريره قياسا أن السبب المحظور لا يسقط شيئا من فرض الصلاة كالخوف بالقتال المحظور لا يبيح صلاة شدة الخوف ، ولأن الرخص إذا استبيحت بشرط ، وكان الشرط مردودا بالشرع صار مفقودا كالمطلقة ثلاثا لما شرط في عودها إلى الأول نكاح زوج ثان ، ثم كان نكاح الزوج الثاني لورود الشرع بفساده كان **وجوده كعدمه** في تحريمها على الأول ، كذلك القصر لما كان مشروطا بالسفر وكان سفره لمعصية مردودا بالشرع صار كالمعدوم ، وإذا عدم السفر حرمت الرخصة .

فأما تعلقهم بالآية والخبر فأدلتنا مخصصة لهما ، وأما قياسهم على الجمعة والصبح فوصف العلة غير موجود في الأصل عندنا ، وفي الأصل والفرع عندهم ، على أن المعنى في الجمعة وفي الصبح أن الاقتصار فيهما على ركعتين لا يختص بسبب من جهته فلا يقع الفرق بينهما من طاعته ، ومعصيته ، ولما كانت رخص السفر بسبب حادث من جهته ، وهو السفر وقع الفرق فيه بين طاعته ومعصيته فاستباح الرخص مع الطاعة ومنع منها مع المعصية ، وأما جمعهم بين معصية المقيم ، والمسافر في جواز." [2]

" فصل : فإذا تقرر أنه يجزئهما عن حجة الإسلام فهل عليهما دم أم لا أي العبد الذي أعتق والصبي الذي بلغ قبل انتهاء يوم عرفة ؟ على قولين : أحدهما : عليهما دم ؛ لأن إحرام الفرض إنما اعتدا به من الوقت الذي صار فيه من أهل الفرض ، وما مضى من إحرامهما المتقدم ليس بفرض ، فكان **وجوده كعدمه** ، وصار كمن مر بميقات بلده مريدا للحج فأحرم بعده فلزمهما لأجل ذلك دم .

والقول الثاني : وهو الصحيح أنه لا دم عليهما لإتيانهما بالإحرام الصحيح من الميقات على حسب قدرتهما ، كما لو تقدم بلوغهما وحريتهما .

". [3]

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٨/٢٣٧

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٢/٨٨٥

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٤/٦٢٥

"العليا وبين ابن عمها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فلو كان مع كل واحدة من بنات الابن الثلاث خالها ، فخال بنات الابن أجنبي من الميت فيكون **وجوده كعدمه** ، فلو كان مع كل واحدة منهن عم ابن أخيها فهو أخوها ، فيكون على ما مضى المال كله بين العليا وعم الجزء الثامن (١) ابن أخيها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فلو كان مع العليا ثلاث بنات أعمام مفترقين ومع السفلى ثلاثة بنات أعمام متفرقين ، فإن كان الميت رجلا كان للعليا وبنت عمها لأبيها وأمها وبنت عمها لأبيها الثلثان ، وتسقط بنت عمها : لأنها بنت أم الميت ، وكان الباقي بين الوسطى والسفلى وابن عمها لأبيها وأمها وابن عمها لأبيها للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويسقط ابن عم السفلى لأمها ، وإن كان الميت امرأة كان الثلثان بين العليا وبنت عمها لأبيها وأمها وبنت عمها لأمها وتسقط بنت عمها لأبيها : لأنها بنت زوج الميتة ، فلو كان مع العليا ثلاث عمات متفرقات ومع السفلى عم وعمة ابن أخيها وخال وخالة ابن أخيها ، فإن كان الميت رجلا فلعمته العليا لأبيها وأمها وعمتها لأبيها الثلثان : لأنها بنت الميت ولا شيء لعمتها لأمها : لأنها بنت امرأته ، وإن." (٢)

"أم واحدة ، فجاز أن يشتركوا في الثلث قياسا عليهم إذا لم يكن فيهم ولد أب ، ولأن كل من أدلى بسببين يرث بكل واحد منهما على الانفراد جاز إذا لم يرث بأحدهما أن يرث بالآخر قياسا على ابن العم إذا كان أخا لأم ، ولأن كل من فيه معنى التعصيب والفرض جاز إذا لم يرث بالتعصيب أن يرث بالفرض قياسا على الأب ، ولأن أصول المواريث موضوعة على تقديم الأقوى على الأضعف ، وأدنى الأحوال مشاركة الأقوى للأضعف ، وليس في أصول المواريث سقوط الأقوى بالأضعف ، وولد الأب والأم أقوى من ولد الأم لمشاركتهم في الأم وزيادتهم بالأب ، فإذا لم يزدهم الأب قوة لم يزدهم ضعفا ، وأسوأ حاله أن يكون **وجوده كعدمه** كما قال السائل : هب أن أباهم كان حمارا .

فأما الجواب عن قول النبي - ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ - فما أبقت الفرائض فلأولى ذكر ، فهو أن ولد الأب والأم يأخذون بالفرض لا بالتعصيب ، فلم يكن في الخبر دليل على منعهم .

وأما قياسهم على الإخوة للأب فالجواب عنه : أنهم لا يأخذون بالفرض لعدم إدلائهم بالأم ، وخالفهم ولد

---

(١) ١٠٤

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨/٢٩٠

الأب والأم ، وأما استدلالهم بأن من كان عصبة سقط عند استيعاب الفروض لجميع التركة .

فالجواب عنه : إن." [1]

"فطلقها في المرض .

/٥٠ وأما الإرث في القتل **فوجوده كعدمه** في الحظر سواء فكان في حكم الميراث سواء وخالف سؤال الطلاق والله أعلم .

/٥٠

". [2]

"ما اشتبه حكمه بالاختلاف في إباحته كنكاح المتعة ، وهذا غير مشتبه للنص على تحريمه ، فلم يكن شبهة .

وقولنا : يحرم بدواعيه ، احترازا من وطء المحرمة والصائمة الحائض .

وقولنا : غير مختلف فيه ، احترازا من المناكح المختلف فيها .

وقولنا : إذا لم يصادف ملكا ، احترازا من الأمة المشتركة بين اثنين .

ولأنه عقد على من لا يستباح بحال ، فوجب أن يكون **وجوده كعدمه** ، كالعقد على الغلام ، ولأن هذا العقد لا تأثير له : لوجود التحريم بعده كوجوده قبله .

وأما قياسهم على المناكح الفاسدة فالمعنى فيه : ما ذكرنا من اختلاف الناس فيه .

وقياسهم على الكافرين فالمعنى فيه : أنهم يرونه مباحا في دينهم .

واستدلالهم بأنه لا ينطلق عليه اسم الزنا فغير صحيح : لأن اسم الزنا لا ينطلق عليه في المجوس : لاعتقادهم إباحته ، وينطلق عليه من المسلمين للنص والإجماع على تحريمه ، فهذا حكم العقد وشبهته ، وهما شرطان من الستة .

". [3]

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٤٤٢/٨

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦٤٩/١٠

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٤٦٧/١٣

"معجل وقفيز حنطة مؤجل صح ؛ لأنه على عوضين حال ومؤجل ، ولو تناضلا على أن يأخذ الناضل دينارا ويعطي درهما لم يجز لأن الناضل من شرطه أن يأخذ ولا يعطي ، ولو تناضلا على دينار بذله أحدهما فإن نضل دفعه ، ولم يرم أبدا أو شهرا كان العقد فاسدا لأنه قد شرط فيه الامتناع ، وهو مندوب إليه ، فبطل وإذا تناضلا وقد فسد العقد بما ذكرنا ، فنضل أحدهما ، فإن كان الناضل باذل المال ، فلا شيء على المنضول ، وإن كان الناضل غير الباذل ففي استحقاقه لأجرة مثله على الباذل وجهان على ما مضى .

مسألة : قال الشافعي : (ولو اشترط أن يطعم أصحابه كان فاسدا الجعل في المناضلة) .

قال الماوردي : قد ذكرنا أن مال السبق يملكه الناضل ، ولا يلزمه أن يطعمه أصحابه ، فإن شرط عليه في العقد أن يطعمه أصحابه ، ولا يملكه كان الشرط فاسدا لأنه ينافي موجب العقد ، وفي فساد العقد به وجهان : أحدهما : وهو الظاهر من مذهب الشافعي أن العقد يفسد بفساد الشرط في المناضلة كالبيع .
والوجه الثاني : وهو قول أبي إسحاق المروزي ، وبه قال أبو حنيفة : إن العقد صحيح لا يفسد بفساد هذا الشرط ؛ لأن نفعه لا يعود على مشترط وكان **وجوده كعدمه** .

". (١)

" فصل : فإذا ثبت نفوذ تصرفه فيما وصفناه ، فهو ممنوع من تصرفه فيما عداه من هبة ، أو محاباة أو صدقة أو بر ، فإن وهب بغير إذن سيده كان مردود الهبة ، وإن وهب بإذنه ففي صحة هبته قولان أي المكاتب : أحدهما : نص عليه في هذا الموضع ، وأكثر كتبه أن الهبة صحيحة ماضية ، لأن الجزء الثامن عشر (٢) ذلك الموهوب لا يتجاوزهما ، وهو موقوف عليهما مع التصرف فيه باجتماعهما كالشريكين .
والقول الثاني : حكاه الربيع ، أن الهبة باطلة مع إذنه كبطلانها بغير إذنه ، لأمرين : أحدهما : أن ملك المكاتب ضعيف وملك الموهوب له قوي ، فلم يجز أن يحدث عن الضعيف ما هو أقوى منه .
والثاني : أن كل واحد منهما ممنوع أن ينفرد بهذا التصرف ، فضعف الإذن عنه ، وصار **وجوده كعدمه** .
فأما خلع المكاتبة فمن أصحابنا من خرجه على قولين كالهبة ، ومنهم من أبطله قولا واحدا بخلاف الهبة ، للفرق بينهما مما في الهبة من ا ستحقاق المكافأة على قول من أوجبها ، أو جميل الذكر وثواب الآخرة

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٤٦٤/١٥
(٢) ٢٣٧

على قول من أسقطها ، وليس في الخلع مكافأة ، ولا ثناء ، ولا ثواب .

وأما محاباة المكاتب فيما باع واشترى إذا خرج عما يتغابن الناس بمثله ، فهو كالهبة إن فعله." [١]

" الأواني قولين كالقبلة ثم إذا غسله عن النجاسة فهل يكفيه غسلة واحدة عن إزالة النجاسة والوضوء معا فيه وجهان سبق بيانهما في آخر باب ما يفسد الماء من الاستعمال ، وسنذكرهما مبسوطين في أواخر نية الوضوء إن شاء الله تعالى ، والأصح يكفيه قال القاضي أبو الطيب ووافقنا أبو حنيفة في هذه المسألة وهي إعادة الصلاة إذا تيقن استعمال النجس وهي أصل يقيس أصحابنا عليه مسائل : منها إذا أخطأ في القبلة ، ومنها إذا أخطأ الماء في رحله وتيمم والله أعلم . فرع : قول المصنف تيقن أن الذي توضأ به كان نجسا ، كذا عبارة أصحابنا ، واعلم أنهم يطلقون العلم واليقين ويريدون بهما الظن الظاهر لا حقيقة العلم واليقين . فإن اليقين هو الاعتقاد الجازم وليس ذلك بشرط في هذه المسألة ونظائرها ، وقد قدمنا في هذا الباب بيان هذا حتى لو أخبره ثقة بنجاسة الماء الذي توضأ به فحكمه حكم اليقين في وجوب غسل ما أصابه و إعادة الصلاة . وإنما يحصل بقول الثقة ظن لا علم ويقين ولكنه نص يجب العمل به ، ولا يجوز العمل بالاجتهاد مع وجوده ، وينقض الحكم المجتهد فيه إذا بان خلاف النص وإن كان خبر واحد ، وهذا الذي ذكرته من وجوب الإعادة بسبب خبر الثقة بنجاسة الماء متفق عليه وممن صرح به القاضي حسين في تعليقه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى : وإن لم يتيقن ولكن تغير اجتهاده فظن أن الذي توضأ به كان نجسا قال أبو العباس : يتوضأ بالثاني كما لو صلى إلى جهة بالاجتهاد ثم تغير اجتهاده ، والمنصوص في حرملة أنه لا يتوضأ بالثاني لأنا لو قلنا : أنه يتوضأ به ولم يغسل ما أصابه الماء الأول من ثيابه وبدنه أمرناه أن يصلي وعلى بدنه نجاسة بيقين وهذا لا يجوز . وإن قلنا : أنه يغسل ما أصابه من الماء الأول نقضنا الاجتهاد بالاجتهاد وهذا لا يجوز ، ويخالف القبلة فإن هناك لا يؤدي إلى الأمر بالصلاة إلى غير القبلة ولا إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، وإذا قلنا بقول أبي العباس توضأ بالثاني وصلى ولا إعادة عليه ، وإن قلنا بالمنصوص فإنه يتيمم ويصلي ، وهل يعيد الصلاة فيه ثلاثة أوجه : أحدها : أنه لا يعيد لأن ما معه من الماء ممنوع من استعماله بالشرع فصار **وجوده كعدمه** كما لو تيمم ومعه ماء يحتاج إليه العطش والثاني : يعيد لأنه تيمم ومعه ما محكوم بطهارته والثالث : وهو قول أبي الطيب بن سلمة : إن كان قد بقي من

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٣٧/١٨

الأول بقية أعاد لأن معه ماء طاهرا بيقين ، وإن لم يكن بقي من الأول شيء لم يعد ، لأنه ليس معه ماء طاهر بيقين .

" [1].

" فرع : لو لم يجد ماء ووجد ثلجا أو بردا لا يقدر على إذابته ، فإن كان جنبا أو حائضا **فوجوده كعدمه** فيتيمم ويصلي ولا إعادة عليه على المذهب وبه قطع الجمور . وحكى الدارمي وجها أن الإعادة تجب ، ذكره في أول باب المياه وقد ذكرته أنا هناك . وإن كان محدثا ففي وجوب استعماله في الرأس طريقان في التهذيب وغيره ، قالوا : أصحهما لا يلزمه قولا واحدا لأن الترتيب واجب فلا يمكن استعماله في الرأس قبل التيمم عن الوجه واليدين ، ولا يمكن التيمم مع وجود ما يحكم بوجوب استعماله . والطريق الثاني : أنه على القولين وبه قطع الجرجاني في المعاياة . قال الجرجاني والروياني و الرافعي وآخرون : فإذا قلنا يجب استعماله تيمم على الوجه واليدين تيمما واحدا ، ثم مسح به الرأس ثم تيمم على الرجلين للترتيب ، ولا يؤثر هذا الماء في صحة التيمم للوجه واليدين لأنه لا يجب استعماله فيها ، فوجوده بالنسبة إليهما كالعدم ، وهذا الطريق أقوى في الدليل لأنه واحد ، والمحذور الذي قاله الأول يزول بما ذكرناه . فرع : إذا لم يجد ماء ووجد ما يشتري به بعض ما يكفيه ففي وجوب شراه القولان في وجوب استعماله إذا كان معه . فرع : إذا لم يجد شيئا من الماء ووجد ترابا لا يكفيه للوجه واليدين ، بل لأحدهما فطريقان أحدهما : للبغوي والشاشي وغيرهما ، أصحهما القطع بوجوب استعماله ، وبه قطع القاضي حسين ، وكما لو وجد بعض ما يستر العورة أو أحسن بعض الفاتحة . والثاني : على القولين واختاره الشاشي في المعتمد ، وضعف الطريق الأول ، وقال : لو قيل لا يجب استعماله قولا واحدا لكان أولى ، ووجهه بما ليس بتوجيه فالصواب القطع بوجوب استعماله . فرع : لو كان عليه نجاسات فوجد ما يغسل بعضها دون بعض فالمذهب الصحيح المشهور الذي قطع به الجمهور : القطع بوجوب غسل ما أمكن كبعض الفاتحة والسترة ، وحكى القاضي حسين في تعليقه وجها أنه لا يجب لأنه لا يسقط فرض الصلاة بخلافهما . فرع : قال أصحابنا : لو تيمم لعدم الماء ثم رأى ماء فإن احتمل عنده أنه يكفيه لطهارته بطل تيممه ، وإن علم بمجرد رؤيته أنه لا يكفيه فهو على القولين في وجوب استعماله إبتداء إن أوجبناه بطل تيممه وإلا فلا . فرع : لو منع المتطهر من الوضوء إلا منكوسا فهل له التيمم أم يلزمه غسل الوجه لتمكنه منه فيه القولان فيمن وجد بعض ما يكفيه ،

---

(١) المجموع، ٢٤٥/١

حكاه صاحب البحر عن والده قال : ولا تلزمه إعادة الصلاة إذا امتثل المأمور به على القولين . قلت : في وجوب الإعادة احتمال ، إلا أن الأظهر أنها لا تجب كما ذكره لأنه في معنى من غصب ماؤه ، ولا إعادة عليه قطعا .

". (١)

" بنت مخاض ، ولا يصح عن علي ما روي عنه فيها ، قال : وأجمعوا على أن مقدار الواجب فيها إلى مائة وعشرين على ما في حديث أنس ، فإذا زادت على مائة وعشرين فمذهب الشافعي رضي الله عنه والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وداود أن في مائة وإحدى وعشرين ثلاث بنات لبون ثم في كل أربعين بنت لبون ، وفي كل خمسين حقة كما سبق إيضاحه . وحكي ابن المنذر عن محمد بن إسحاق صاحب المغازي وأبي عبيد ورواية عن مالك وأحمد : أنه لا شيء فيها حتى تبلغ مائة وثلاثين . وعن مالك رواية كمذهبنا ، ورواية ثالثة أن الساعي يتخير في مائة وإحدى وعشرين بين ثلاث بنات لبون وحقتين . وقال إبراهيم النخعي والثوري وأبو حنيفة : إذا زادت على عشرين ومائة يستأنف الفريضة فيجب في خمس شاة وفي عشر شاتان وخمس عشرة ثلاث شياه وعشرين أربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض فيجب في مائة وخمس وعشرين حقتان وشاة وفي مائة وأربعين حقتان و أربع شياه ، وفي مائة وخمس وأربعين حقتان وبنت مخاض ، وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق ، ثم يستأنف الفريضة بعد ذلك ، وعلى هذا القياس أبدا . وحكى أصحابنا عن محمد بن جرير الطبري أنه قال يتخير بين مقتضى مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة وحكاه الغزالي في الوسيط عن ابن خيران فأوهم أنه قول أبي علي بن خيران من أصحابنا وأنه وجه من مذهبنا وليس كذلك بل اتفق أصحابنا على تغليط الغزالي في هذا النقل وتغليط شيخه في النهاية في نقله مثله ، وليس هو قول ابن خيران ، وإنما هو قول محمد ابن جرير الطبري : وحكي ابن المنذر عن حماد بن أبي سليمان شيخ أبي حنيفة أنه قال : في خمس وعشرين ومائة حقتان وبنت مخاض ، وجاءت آثار ضعيفة تمسك بها كل من ذهب من هؤلاء الأئمة . والصواب ما ذهب إليه الشافعي وموافقوه ، وعمدتهم حديث أنس السابق في أول الباب ، وهو صحيح صريح ، وما خالفه ضعيف أو دونه والله تعالى أعلم .

---

(١) المجموع، ٢٩٦/٢

قال المصنف رحمه الله تعالى : ومن وجبت عليه بنت مخاض فإن كانت في ماله لزمه إخراجها ، وإن لم تكن في ماله وعنده ابن لبون قبل منه ولا يرد معه شيء ، لما روى أنس رضي الله عنه في الكتاب الذي كتبه أبو بكر الصديق رضي الله عنه : فمن لم تكن عنده بنت مخاض وعنده ابن لبون ذكر فإنه يقبل منه وليس معه شيء ولأن في بنت مخاض فضيلة بالأنوثة وفي ابن لبون فضيلة بالسن فاستويا وإن لم تكن عنده بنت مخاض ولا ابن لبون فله أن يشتري بنت مخاض ويخرج لأنه أصل فرضه ، وله أن يشتري ابن لبون ويخرج لأنه ليس في ملكه بنت مخاض ، وإن كانت إبله مهازيل وفيها بنت مخاض سمينة لم يلزمه إخراجها ، فإن أراد إخراج ابن لبون فالمنصوص أنه يجوز لأنه لا يلزمه إخراج ما عنده فكان **وجوده كعدمه** كما لو كانت إبله عنده بنت مخاض تجزىء . ومن وجوب عليه بنت لبون وليست عنده ، وعنده حق لم يؤخذ منه ، لأن بنت اللبون تساوي الحق في ورود الماء والشجر ، وتفضل عليه بالأنوثة . (١)

١- الشرح : حديث أنس صحيح سبق بيانه في أول الباب ، وفي الفصل مسائل : إحداها : قال الشافعي رضي الله عنه والأصحاب : إذا وجب عليه بنت مخاض فإن كانت عنده من غير نفاسة ولا عيب لم يجز العدول إلى ابن لبون بلا خلاف وإن لم تكن عنده وعنده ابن لبون فأراد دفعه عنها وجب قبوله ولا يكون معه شيء لا من المالك ولا من الساعي ، وهذا لا خلاف فيه لحديث أنس قال أصحابنا : وسواء كانت قيمة ابن لبون كقيمة بنت مخاض أو أقل منها ، وسواء قدر على تحصيله أم لا لعموم الحديث . الثانية : إذا وجب عليه بنت مخاض ولم يكن عنده بنت مخاض ولا ابن لبون فوجهان أصحهما : له أن يشتري أيهما شاء ويجزئه لعموم الحديث ، وبهذا الوجه قطع المصنف وجمهور الأصحاب والثاني : حكاه جماعات من الخراسانيين عن صاحب التقريب وغيره أنه يتعين عليه شراء بنت مخاض ، وهو مذهب مالك وأحمد لأنهما لو استويا في الوجود لم يجز ابن لبون ، فكذا إذا عدما وتمكن من شرائهما . الثالثة : إذا كانت عنده بنت مخاض معيبة فهي كالمعدومة فيجزئه ابن لبون بلا خلاف لعموم الحديث ، وقد صرح المصنف بهذا ف

". (١)

"

---

(١) المجموع، ٥/٣٥٤

قال المصنف رحمه الله تعالى : وإن رأى هلال رمضان فرد الحاكم شهادته فصام وجامع وجبت عليه الكفارة ، لأنه أفطر في شهر رمضان بالجماع من غير عذر ، فأشبه إذا قبل الحاكم شهادته . (١)

١- الشرح : قال الشافعي والأصحاب : إذا رأى هلال رمضان فردت شهادته لزمه صوم ذلك اليوم ، فإن صامه وجامع فيه لزمته الكفارة بلا خلاف عندنا ، لما ذكره المصنف وسبق إيضاح هذه المسألة ومذاهب العلماء فيها في أوائل الباب ، ولو رأى هلال شوال وحده لزمه الفطر كما سبق ولا شيء عليه بالجماع فيه ، لأنه ليس من رمضان ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى : وإن طلع الفجر وهو مجامع ، فاستدام مع العلم بالفجر ، وجبت عليه الكفارة لأنه منع صوم يوم من رمضان بجماع من غير عذر ، فوجبت عليه الكفارة ، كما لو وطيء في أثناء النهار ، وإن جامع وعنده إن الفجر لم يطلع وكان قد طلع ، أو أن الشمس قد غربت ولم تكن غربت ، لم تجب عليه الكفارة لأنه جامع وهو يعتقد أنه يحل له ذلك وكفارة الصوم عقوبة تجب مع المأثم فلا تجب مع اعتقاد الإباحة كالحد ، وإن أكل ناسيا فظن أنه أفطر بذلك ثم جامع عامدا فالمنصوص في الصيام أنه لا تجب الكفارة ، لأن وطيء وهو يعتقد أنه غير صائم فأشبه إذا وطيء وعنده أنه ليل ثم بان أنه نهار ، وقال شيخنا القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله : يحتمل عندي أنه يجب عليه الكفارة لأن الذي ظنه لا يبيح الوطء بخلاف ما لو جامع وظن أن الشمس غربت ، لأن الذي ظن هناك يبيح له الوطء ، فإن أفطر بالجماع وهو مريض أو مسافر لم تجب الكفارة ، لأنه يحل له الفطر فلا تجب الكفارة مع إباحة الفطر ، وإن أصبح المقيم صائما ثم سافر وجامع وجبت عليه الكفارة ، لأن السفر لا يبيح له الفطر في هذا اليوم ، فكان **وجوده كعدمه** ، وإن أصبح الصحيح صائما ثم مرض وجامع لم تجب الكفارة ، لأن المريض يباح له الفطر في هذا اليوم ، وإن جامع ثم سافر لم تسقط عنه الكفارة ، لأن السفر لا يبيح له الفطر في يومه فلا يسقط عنه ما وجب فيه من الكفارة ، وإن جامع ثم مرض أو جن ففيه قولان أحدهما : لا تسقط عنه الكفارة ، لأنه معني طرأ بعد وجوب الكفارة فلا يسقط الكفارة كالسفر والثاني : أنه تسقط لأن اليوم يرتبط بعضه ببعض ، فإذا خرج آخره عن أن يكون الصوم فيه مستحقا خرج أوله عن أن يكون صوما أو يكون الصوم فيه مستحقا ، فيكون جماعه في يوم فطر ، أو في يوم صوم غير مستحق فلا تجب به الكفارة

". (1)

"عند فقد الطاهر **فوجوده كعدمه** وقولهم صار مستحقا للطهارة ممنوع في هذه الحالة .

s(قوله : فلزم ضم الهاء) انظر ما وجهه بر (قوله : وضوء المسلم) بفتح الواو (قوله : واحتياجه لثمنه) لنحو شراء طعام المحترم (قوله كمرتد) أفتى الشرف المناوي بأن محل ذلك إذا استتابه فامتنعوا ولعل ذلك مبني على وجوب الاستتابة فإذن يختص ببعض المذكورين بر (قوله : فلا يجوز إلخ) قال في الخادم وقد يقال عدم إحرامها لا يجوز عدم سقيها وإن كانت مقتولة شرعا ؛ لأنا مأمورون بالإحسان في القتل إلى آخر ما أطال به وقد يجاب بأن الممتنع ترك الإحسان في قتل المباشرة وما في حكمه كالحبس بخلاف مجرد الامتناع من الإعطاء (قوله : صرف الماء إليه) لو كان المحترم محتاجا لغير المحترم صرفه له فيما يظهر بر (قوله : وإن رجا) قال في شرح الروض أي : طن ا هـ وهو يخرج القطع بوجوده في الغد (قوله : ويحرم الوضوء) لعل محل حرمته إذا لم يمكن جمع مائة لمن لا يعافه أو لمن يرضى بشربه بدون ضرر من نفسه وغيره وعلى ذلك يحمل مفهوم ولا يجب الطهر بالماء إلخ (قوله وجوب ذلك) أي : إذا أمكن كما هو ظاهر." (2)

"ينفعهم **فوجوده كعدمه** وكأنه قال : اشترطي أو لا تشترطي فذلك لا يفيدهم .

ويؤيد هذا قوله : في رواية ﴿ اشتريها ودعيهم يشترطون ما شاءوا ﴾ ، وأما قوله : وبأنه خاص إلخ تعقبه ابن دقيق العيد بأن التخصيص لا يثبت إلا بدليل .

ا هـ .

قسطلاني على البخاري مع تغيير وقد يقال النهي عن بيع وشرط المتقدم دليل للتخصيص فتأمل .

(قوله : وبأنه خاص إلخ) قال النووي في شرح مسلم هذا أحسن الأجوبة .

ا هـ .

قويسني .

(قوله : وبأن لهم بمعنى عليهم) قال النووي تأويل اللام بمعنى على هنا ضعيف ؛ لأنه عليه السلام أنكر الاشتراط ولو كانت بمعنى على لم ينكره ا هـ ق س .

(قوله : صحة بيع العبد إلخ) أي : وإن لم يكن مبعضا وبيع لغير من له باقيه كما هو ظاهر المصنف .

(١) المجموع، ٣٥٠/٦

(٢) شرح البهجة الوردية، ١٧٢/٢

ا هـ .

سم وهو ظاهر قول م ر ولو باع بعضه بشرط إعتاقه صح كما اقتضاه كلام البهجة وأصلها .

(قوله : كما في التقريب) يعني أن البيع بشرط العتق كـم ا يعلل بتشوف الشارع يعلل بمشابهته للبيع لمن يعتق عليه من حيث اقتضاء العقد العتق ا هـ .

(قوله : وللذي باع إلخ) ومنه وارثه والحاكم لا غيرهم من الآحاد خلافا لما يوهمه كلام المنهج .

ا هـ .

ق ل على الجلال ومثله شرح م ر خلافا لبعضهم ا هـ قال سم على المنهج وهو متجه مع قولنا لا يجب الإعتاق على الفور فإنه لا معصية ليكون من باب الأمر بالمعروف .

(قوله : وليس مجزئا إلخ) فلو أولدها طولب بالإعتاق ما لم يمت .

(قوله : إيلادها) فلو مات قبل عتقها عتقت بموته عن الشرط .

ا هـ .

م ر وع ش." (١)

" وكذا من الوطء معه ولم يعلم ولم يظن زناها أو ولدته لفوق أربع سنين من الزنا ودونه وفوق دون ستة أشهر من الوطء حرم نفيه رعاية للفراش ولا عبرة بريبة يجدها في نفسه وإنما اعتبرت المدة فيما ذكر من الزنا لا من الاستبراء لأنه مستند اللعان فإذا ولدته لدون ستة أشهر منه ولأكثر من دونها من الاستبراء تبينا أنه ليس من ذلك الزنا فيصير **وجوده كعدمه** فلا يجوز النفي رعاية للفراش وما ذكرته من حرمة النفي مع الاستبراء المقيد بما مر ومن اعتبار المدة من الوطء والزنا هو ما صححه في الروضة رادا بالثاني على من اعتبر المدة من الاستبراء والذي صححه الأصل حل النفي واعتبار المدة من الاستبراء مع قذف ولعان فيحرمان وإن علم زناها وقال الإمام القياس جوازهما انتقاما منها كما إذا لم يكن ولد وعارضوه بأن الولد يتضرر بنسبة أمه إلى الزنا وإثباته عليها باللعان لأنه يعير بذلك وتطلق فيه الألسنة فلا يحتمل هذا الضرر لغرض الانتقام والفراق ممكن بالطلاق وظاهر أن وطء الشبهة كالزنا في لزوم النفي وحرمته مع القذف واللعان كما لو وطئ و عزل

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٩/٧

." (١)

"هي أقل مدة الحمل ولاكثر منها من العقد، (أو لفوق أربع سنين من وطئ) التي هي أكثر مدة الحمل.

وفي معنى الوطئ استدخال المني (أو لما بينهما) أي بين دون ستة أشهر، وفوق أربع سنين (منه ومن زنا بعد استبراء بحيضة لزمه نفيه) لان تركه، يتضمن استلحاقه واستلحاق من ليس منه حرام كما يحرم نفي، من هو منه، وهو في الاخيرة ما صححه في أصل الروضة والذي صححه في الاصل كالشرح الصغير فيها حل النفي لكن الاولى له أن لا ينفيه، لان الحامل قد تحيض وطريق نفيه اللعان المسبوق بالقذف فيلزمان أيضا، وإنما يلزمه قذفها إذا علم زناها أو ظنه كما مر، في جوازه وإلا فلا يقذفها لجواز أن يكون الولد من وطئ شبهة أو زوج قبله، (وإلا) أي وإن لم يعلم ولم يظن أنه ليس منه بأن ولدته لدون ستة أشهر من الزنا، أو لفوقه ودون فوق أربع سنين منه، ومن الوطئ بلا استبراء، وكذا من الوطئ معه، ولم يعلم ولم يظن زناها أو ولدته رفوق أربع سنين من الزنا، ودونه وفوق دون ستة أشهر من الوطئ، (حرم) نفيه رعاية للفراش.

ولا عبرة بريبة يجدها في نفسه، وإنما اعتبرت المدة فيما ذكر من الزنا لا من الاستبراء لانه مستند اللعان.

فإذا ولدته لدون ستة أشهر منه، ولاكثر من دونها من الاستبراء تبينا أنه ليس من ذلك الزنا فيصير **وجوده كعدمه** فلا يجوز النفي، رعاية للفراش وما ذكرته من حرمة النفي مع الاستبراء المقيد بما مر.

ومن اعتبار المدة من الوطئ والزنا هو ما صححه في الروضة، رادا بالثاني على من اعتبر المدة من الاستبراء والذي صححه الاصل حل النفي، واعتبار المدة من الاستبراء (مع قذف ولعان) فيحرمان، وإن علم زناها.

وقال الامام القياس جوازهما انتقاما منها، كما لم يكن ولد وعارضوه، بأن الولد يتضرر بنسبة أمه إلى الزنا وإثباته عليها باللعان، لانه يعير بذلك وتطلق فيه الالسنة، فلا يحتمل هذا الضرر لغرض الانتقام والفراق ممكن بالطلاق، وظاهر أن وطئ الشبهة كالزنا في لزوم النفي، وحرمته مع القذف واللعان (كما لو) وطئ و (عزل) فإنه يحرم به ما ذكر رعاية للفراش، ولان الماء قد يسبق إلى الرحم من غير أن يحس به وفي كلامي زيادات يعرفها الناظر فيه مع كلام الاصل.

(فصل) في كيفية اللعان وشرطه وثمرته والاصل فيه الآيات السابقة وأركانه ثلاثة لفظ وقذف سابق عليه، وزوج يصح طلاقه كما

---

(١) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ٤/٤٣٠

يعلم مما يأتي.

(لعانه) أي الزوج (قوله أربعا) من المرات، (أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به." [١]

"عشرة الا خمسة الا خمسة يلزمه خمسة وان كان الاول مستغرقا كقوله عشرة الا عشرة الا الاربعة فيه ثلاثة اوجه (احدها) يلزمه عشرة ويبطل الاستثناء الاول لاستغراقه والثانى يلزمه اربعة ويصح الاستثناء آن لان الكلام انما يتم بآخره وآخره يخرج الاول عن كونه مستغرقا ويصيره كانه استثنى من

---

[١٧٧]

اول الكلام ستة قال في الشامل وهذا اقيس (والثالث) يلزمه ستة لان الاستثناء الاول باطل لاستغراقه فيكون **وجوده كعدمه** ويرجع الاستثناء إلى اول الكلام ولو قال على عشرة الا عشرة الا خمسة فعلى الوجه الاول يلزمه عشرة وعلى الاخيرين خمسة هذا إذا لم يكن في الاستثناء عطف اما إذا قال عشرة الا خمسة والا ثلاثة أو على عشرة الا خمسة وثلاثة فهما جمعا مستثنيان من العشرة ولا يلزمه الا درهمان فان كان العدد ان بحيث لو جمعا حصل الاستغارق كما إذا قال على عشرة الا سبعة وثلاثة فيلزمه عشر لان الواو تجمعهما وت,جب الاستغراق أو يخص الثاني بالبطلان لان الاول صح استثناؤه والثانى مثل العدد الباقي فهو المستغرق فيه وجهان قال الشيخ أبو على (اصحهما) الثاني وراى ان يفرق بين قوله عشرة الا سبعة وثلاثة وبين قوله عشرة الا سبعة الا ثلاثة فيقطع في الصورة الثانية بالبطلان لانهما استثنا آن مستقلان فيحصل من ذلك وجه ثالث فارق ومهما كان في المستثنى والمستثنى منه عدد ان معطوف احدهما على الاخر ففى الجمع بينهما وجهان كما الصورة السابقة اصحهما ويحكى عن نصه في الطلاق وبه اجاب ابن الحداد والاكثرون انه لا يجمع لان الوالو العاطفة وان اقتضت الجمع لكنها لا تخرج الكلام عن كونه ذا جملتين من جهة اللفظ والاستثناء ويدور على اللفظ مثاله إذا قال على درهمان ودرهم الا درهمان ان لم يجمعه لزمه ثلاثة لانه استثنى درهمان من درهم وان جمعنا لزمه درهم فكان الاستثناء مستغرقا ولو قال ثلاثة الا درهما ودرهمين فان ,م نجمع لزمه درهمان وان جمعتا فثلاثة ولو قال درهم فدرهم ودرهم الا." [٢]

"لأن أخبارهم مقبولة ويقبل خبر الأعمى فيه لأن له طريقا إلى العلم به بالحس والخبر ولا يقبل فيه قول صبي ولا فاسق ولا كافر لأن أخبارهم لا تقبل وإن كان معه إناءان فأخبره رجل أن الكلب ولغ في

---

(١) فتح الوهاب، ١٧٣/٢

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، ١٧٣/١١

أحدهما قبل قوله ولم يجتهد لأن الخبر مقدم على الاجتهاد كما نقول في القبلة وإن أخبره رجل أنه ولغ في هذا دون ذاك وقال آخر بل ولغ في ذاك دون هذا حكم بنجاستهما لأنه يمكن صدقهما بأن يكون قد ولغ فيهما في وقتين وإن قال أحدهما ولغ في هذا دون ذاك في وقت معين وقال الآخر بل ولغ في ذاك دون هذا في ذلك الوقت بعينه فهما كالبينتين إذا تعارضتا فإن قلنا إنهما يسقطان سقط خبرهما وجازت الطهارة بهما لأنه لم تثبت نجاسة واحد منهما وإن قلنا إنهما لا يسقطان أراقهما أو صب أحدهما في الآخر ثم تيمم

فصل في الاشتباه في الماء وإن اشتبه عليه ماءان طاهر ونجس تحرى فيهما فما غلب على ظنه طهارته (منهما) توضأ به لأنه سبب من أسباب الصلاة يمكن التوصل إليه بالاستدلال فجاز له الاجتهاد فيه عند الاشتباه فيه كالقبلة

فإن انقلب أحدهما قبل الاجتهاد ففيه وجهان أحدهما أنه يتحرى في الثاني لأنه قد ثبت جواز الاجتهاد فيه فلم يسقط بالانقلاب

والثاني وهو الأصح أنه لا يجتهد لأن الاجتهاد يكون بين أمرين فإذا قلنا لا يجتهد فما الذي يصنع فيه وجهان قال أبو علي الطبري يتوضأ به لأن الأصل فيه الطهارة فلا يزال اليقين بالشك

وقال القاضي أبو حامد يتيمم ولا يتحرى لأن حكم الأصل قد زال بالاشتباه بدليل أنه منع من استعماله من غير تحر فوجب أن يتيمم وإن اجتهد فيهما فلم يغلب على ظنه شيء أراقهما أو صب أحدهما في الآخر وتيمم فإن تيمم وصلى قبل الإراقة أو الصب أعاد الصلاة لأنه تيمم ومعه ماء طاهر بيقين وإن غلب على ظنه طهارة أحدهما توضأ به والمستحب أن يريق الآخر حتى لا يتغير اجتهاده بعد ذلك فإن تيقن أن الذي توضأ به كان نجسا غسل ما أصابه منه وأعاد الصلاة لأنه تعين له يقين الخطأ فهو كالحاكم إذا أخطأ النص وإن لم يتيقن ولكن تغير اجتهاده فظن أن الذي توضأ به كان نجسا قال أبو العباس يتوضأ بالثاني كما لو صلى إلى جهة بالاجتهاد ثم تغير اجتهاده والمنصوص في حرملة أنه لا يتوضأ بالثاني لأنا لو قلنا إنه يتوضأ به ولم يغسل ما أصابه الماء الأول من ثيابه وبدنه أمرناه أن يصلي وعلى بدنه نجاسة بيقين وهذا لا يجوز و إن قلنا إنه يغسل ما أصابه من الماء الأول نقضنا الاجتهاد بالاجتهاد وهذا لا يجوز ويخالف القبلة فإن هناك لا يؤدي إلى الأمر بالصلاة إلى غير القبلة ولا إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وإذا قلنا بقول أبي العباس توضأ بالثاني وصلى ولا إعادة عليه وإن قلنا بالمنصوص فإنه يتيمم ويصلي هذا يعيد

الصلاة (أم لا) فيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لا يعيد لأن ما معه من الماء ممنوع من استعماله بالشرع فصار **وجوده كعدمه** كما لو تيمم ومعه ماء يحتاج إليه للعطش

والثاني يعيد لأنه تيمم ومعه ماء محكوم بطهارته

والثالث وهو قول أبي الطيب بن سلمة إن كان قد بقي من الأول بقية أعاد لأن معه ماء طاهرا بيقين وإن لم يكن بقي معه شيء لم يعد لأنه ليس معه ماء طاهر بيقين

وإن اشتبه عليه ماءان ومعه ماء ثالث يتيقن طهارته ففيه وجهان أحدهما لا يتحرى لأنه يقدر على إسقاط الفرض بيقين فلا يؤدى بالاجتهاد كالمكي في القبلة

والثاني أنه يتحرى لأنه يجوز إسقاط الفرض بالطاهر في الظاهر مع القدرة على الطاهر بيقين ألا ترى أنه يجوز أن يترك ما نزل من السماء ويتيقن طهارته ويتوضأ بما يجوز نجاسته وإن اشتبه عليه ماء مطلق وماء مستعمل ففيه وجهان أحدهما لا يتحرى لأنه يقدر على إسقاط الفرض بيقين بأن يتوضأ بكل واحد منهما

والثاني أنه يتحرى لأنه يجوز أن يسقط الفرض بالطاهر مع القدرة على اليقين

وإن اشتبه عليه ماء مطلق وماء ورد لم يتحر بل يتوضأ بكل واحد منهما وإن اشتبه عليه ماء (ورد) وبول انقطعت رائحته لم يتحر بل يريقهما ويتيمم لأن ماء الورد والبول لا أصل لهما في التطهير فيرد إلى الاجتهاد وإن اشتبه عليه طعام طاهر وطعام نجس تحرى فيهما لأن أصلهما على الإباحة فهما كالماءين وإن اشتبه الماء الطاهر بالماء النجس على أعمى ففيه قولان قال في حرملة لا يتحرى لأن عليه أمارات تتعلق بالبصر فهو كالقبلة وقال في الأم يتحرى لأن له طريقا إلى إدراكه بالسمع والشم فيتحرى فيه كما يتحرى في وقت الصلاة فإذا قلنا يتحرى فلم يكن له دلالة على الأغلب عنده ففيه وجهان

من أصحابنا من قال لا يقلد لأن من جاز له الاجتهاد في شيء لم يقلد فيه (غيره) كالبصير

ومنهم من قال يجوز أن يقلد وهو ظاهر قوله في الأم لأن أماراته تتعلق

". (١)

"والثاني لا تجب لانه ملك ضعيف بدليل أنه لا يملك التصرف في رقبته فلم تجب الزكاة فيه كالمكاتب وما في يده

---

(١) المهذب، ١/٩

فصل في المال المغصوب والضال وأما المال المغصوب والضال فلا تلزمه زكاته قبل أن يرجع إليه فإن رجع إليه من غير نماء ففيه قولان قال في القديم لا تجب لانه خرج عن يده وتصرفه فلم تجب عليه زكاته كالمال الذي في يد مكاتبه

وقال في الجديد تجب عليه لانه مال له يملك المطالبة به ويجبر على التسليم إليه فوجبت فيه الزكاة كالمال الذي في يد وكيله فإن رجع إليه مع النماء ففيه طريقان قال أبو العباس تلزمه زكاته قولا واحدا لان الزكاة إنما سقطت في أحد القولين لعدم النماء وقد حصل له النماء فوجب أن تجب

والصحيح أنه على القولين لان الزكاة لم تسقط لعدم النماء فإن الذكور من الماشية لا نماء فيها وتجب فيها الزكاة وإنما سقطت لنقصان الملك بالخروج عن يده وتصرفه وبالرجوع لم يعد ما فات من اليد والتصرف

وإن أسر رب المال وحيل بينه وبين المال ففيه طريقان من أصحابنا من قال هو كالمغصوب لان الحيلولة موجودة بينه وبين المال وفيه قولان ومنهم من قال تجب الزكاة قولا واحدا لانه يملك بيعه ممن شاء فكان كالمودع

وإن وقع الضال بيد ملتقط وعرفه حولا كاملا ولم يختر التملك وقلنا إنه لا يملك حتى يختار التملك على الصحيح من المذهب ففيه طريقان من أصحابنا من قال هو كما لو لم يقع بيد الملتقط فيكون على قولين

ومنهم من قال لا تجب الزكاة قولا واحدا لان ملكه غير مستقر بعد التعريف لان الملتقط يملك أن يزيله باختيار التملك فصار كالمال الذي في يد المكاتب

وإن كان له ماشية أو غيرها من أموال الزكاة وعليه دين يستغرقه أو ينقص المال عن النصاب ففيه قولان قال في القديم لا تجب الزكاة فيه لان ملكه غير مستقر لانه ربما أخذه الحاكم بحق الغرماء فيه

وقال في الجديد تجب فيه الزكاة لان الزكاة تتعلق بالعين والدين يتعلق بالذمة فلا يمنع أحدهما الآخر كالدين وأرش الجناية

وإن حجر عليه في المال ففيه ثلاث طرق

أحدها إن كان المال ماشية وجبت فيه الزكاة لانه قد حصل له النماء وإن كان غير الماشية فعلى قولين كالمغصوب

والثاني أنه تجب فيه الزكاة قولا واحدا لان الحجر لا يمنع وجوب الزكاة كالحجر على السفينة والمجنون

والثالث وهو الصحيح أنه على قولين كالمغصوب لانه حيل بينه وبينه فهو كالمغصوب

وأما القول الأول أنه قد حصل له النماء في الماشية فلا يصح لانه وإن حصل له النماء إلا أنه ممنوع من التصرف فيه ومحول دونه

والقول الثاني لايصح لان حجر السفيه والمجنون لا يمنع التصرف لان وليهما ينوب عنهما في التصرف وحجر المفلس يمنع التصرف فافترقا

فصل لا زكاة في السائمة ولا تجب الزكاة إلا في السائمة من الإبل والبقر والغنم لما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كتب كتاب الصدقة وفيه صدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين فيها الصدقة وروى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الإبل السائمة في كل أربعين بنت لبون ولان العوامل والمعلوفة لا تقتنى للنماء فلم تجب فيها الزكاة كثياب البدن وأثاث الدار

وإن كان عنده سائمة فعلفها نظرت فإن كان قدرا يبقى الحيوان دونه لم يؤثر لان **وجوده كعدمه** وإن كان قدرا لا يبقى الحيوان دونه سقطت الزكاة لانه لم يوجد تكامل النماء بالسوم

وإن كان عنده نصاب من السائمة فغصبه غاصب وعلفه ففيه طريقان أحدهما أنه كالمغصوب الذي لم يعلفه الغاصب فيكون على قولين لان فعل الغاصب لا حكم له بدليل أنه لو كان له ذهب فصاغه الغاصب حليا لم تسقط الزكاة عنه

والثاني أنه تسقط الزكاة قولا واحدا وهو الصحيح لانه لم يوجد شرط الزكاة وهو السوم في جميع الحول فصار كما لو ذبح الغاصب شيئا من النصاب

ويخالف الصياغة فإن صياغة الغاصب محرمة فلم يكن لها حكم وعلفه غير محرم فثبت حكمه كعلف المالك

وإن كان عنده نصاب من المعلوفة فأسامها الغاصب ففيه طريقان أحدهما أنها كالسائمة

". [1]

---

(١) المهذب، ١٤٢/١

" فصل فيما يجب في الإبل لما دون ٢٥ من ملك من الإبل دون الخمس والعشرين فالواجب في صدقته الغنم وهو مخير بين أن يخرج الغنم وبين أن يخرج بعيرا فإن أخرج الغنم جاز لانه هو الفرض المنصوص عليه وإن أخرج البعير جاز لان الأصل في صدقة الحيوان أن يخرج من جنس الفرض وإنما عدل إلى الغنم ههنا رفقا برب المال فإذا اختار أصل الفرض قبل منه كمن ترك المسح على الخف وغسل الرجل

وإن امتنع من إخراج الزكاة لم يطالب إلا بالغنم لانه هو الفرض المنصوص عليه

وإن اختار إخراج البعير قبل منه أي بعير كان ولو أخرج بعيرا قيمته أقل من قيمة الشاة أجزأه لانه أفضل من الشاة لانه يجزىء عن خمس وعشرين فلان يجزىء عما دونها أولى

وهل يكون الجميع فرضه أو بعضه فيه وجهان أحدهما أن الجميع فرضه لانا خيرناه بين الفرضين فأيهما فعل كان هو الفرض كمن خير بين غسل الرجل والمسح على الخف

والثاني أن الفرض بعضه لان البعير يجزىء عن الخمس والعشرين فدل على أن كل خمس من الإبل يقابل خمس بعير وإن اختار إخراج الغنم لم يقبل دون الجذع والثني في السن لما روى سويد بن غفلة قال أتانا مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نهينا عن الأخذ من راضع لبن وإنما حقنا في الجذعة والثنية

وهل يجزىء فيه الذكر فيه وجهان من أصحابنا من قال لا يجزئه للخبر ولانه أصل في صدقة الإبل فلم يجز فيها الذكر كالفرض من جنسه

وقال أبو إسحاق يجزئه لانه حق لله تعالى لا يعتبر فيه صفة ماله فجاز فيه الذكر والأنثى كالأضحية وتجب عليه من غنم البلد إن كان ضأنا فمن الضأن وإن كان معزا فمن المعز وإن كان منهما فمن الغالب وإن كانا سواء جاز من أيهما شاء لان كل مال وجب في الذمة بالشرع اعتبر فيه عرف البلد كالطعام في الكفارة

وإن كانت الإبل مراضا ففي شاتها وجهان أحدهما لا تجب فيه إلا ما تجب في الصحاح وهو ظاهر المذهب لانه لا يعتبر فيه صفة المال فلم يختلف بصحة المال ومرضه كالأضحية

وقال أبو علي بن خيران تجب عليه شاة بالقسط فتقوم الإبل الصحاح والشاة التي تجب فيها ثم تقوم الإبل المراض فيجب فيها شاة بالقسط لانه لو كان الواجب من جنسه فرق بين الصحاح والمراض فكذلك إذا كان من غير جنسه وجب أن يفرق بين الصحاح والمراض

فصل في فيمن وجبت عليه بنت مخاض ومن وجبت عليه بنت مخاض فإن كانت في ماله لزمه إخراجها وإن لم تكن في ماله وعنده ابن لبون قبل منه ولا يرد معه شيئا لما روى أنس رضي الله عنه في الكتاب الذي كتبه أبو بكر الصديق رضي الله عنه فمن لم تكن عنده بنت مخاض وعنده ابن لبون ذكر فإنه يقبل منه وليس معه شيء ولان في بنت مخاض فضيلة بالأنوثية وفي ابن لبون فضيلة بالسن فاستويا وإن لم تكن عنده بنت مخاض ولا ابن لبون فله أن يشتري بنت مخاض ويخرج لانه أصل فرضه وله أن يشتري ابن لبون ويخرج لان ليس في ملكه بنت مخاض

وإن كانت إبله مهازيل وفيها بنت مخاض سمينة لم يلزمه إخراجها فإن أراد إخراج ابن لبون فالمنصوص أنه يجوز لانه لا يلزمه إخراج ما عنده فكان **وجوده كعدمه** كما لو كانت إبله سمانا وعنده بنت مخاض مهزولة

ومن أصحابنا من قال لا يجوز لان عنده بنت مخاض تجزىء ومن وجب عليه بنت لبون وليست عنده وعنده حق لم يؤخذ منه لان بنت اللبون تساوي الحق في ورود الماء والشجر وتفضل عليه بالأنوثية

فصل فيمن كان عنده أقل من الجذعة ومن وجبت عليه جذعة أو حقة أو بنت لبون وليس عنده إلا ما هو أسفل (منها) بسنة أخذ منه مع شاتين أو عشرين درهما

وإن وجب عليه بنت مخاض أو بنت لبون أو حقة وليس عنده إلا ما هو أعلى منه بسنة أخذ منه ودفع إليه المصدق شاتين أو عشرين درهما لما روى أنس رضي الله عنه أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كتب له لما وجهه إلى البحرين كتابا وفيه ومن بلغت صدقته من الإبل الجذعة وليست عنده وعنده حقة فإنها تقبل منه الحقة ويجعل معها شاتين أو عشرين درهما ومن بلغت عنده صدقته الحقة وليس عنده إلا بنت لبون فإنها تقبل منه بنت لبون ويعطى معها شاتين أو عشرين درهما ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده وعنده بنت مخاض فإنها تقبل منه بنت مخاض ويعطى معها عشرين درهما أو شاتين ومن بلغت صدقته بنت مخاض وليست عنده وعنده بنت لبون فإنها تقبل منه بنت لبون ويعطيه المصدق عشرين درهما

". (١)

---

(١) المهذب، ١/١٤٦

"الفجر وهو مجامع فستدام مع العلم بالفجر وجبت عليه الكفارة لانه منع صحة صوم يوم من رمضان بجماع من غير عذر فوجبت عليه الكفارة كما لو وطىء في أثناء النهار

وإن جامع وعنده أن الفجر لم يطلع وكان قد طلع أو أن الشمس قد غربت ولم تكن غربت لم تجب الكفارة لانه جامع وهو معتقد أنه يحل له ذلك وكفارة الصوم عقوبة تجب مع المأثم فلا تجب مع اعتقاد الإباحة كالحد

وإن أكل ناسيا فظن أنه أفطر بذلك ثم جامع عامدا فالمنصوص في الصيام أنه لا تجب الكفارة لانه وطىء وهو معتقد أنه غير صائم فأشبه إذا وطىء وعنده أنه ليل ثم بان أنه كان نهارا

وقال شيخنا القاضي أبو الطيب الطبري يحتمل عندي أن تجب الكفارة لان الذي ظنه لا يبيح له الوطء بخلاف ما لو جامع وهو يظن أن الشمس قد غربت لان الذي ظن هناك يبيح له الوطء

وإن أفطر بالجماع وهو مريض أو مسافر لم تجب الكفارة

لانه (يحل) له الفطر فلا تجب الكفارة مع إباحة الفطر

وإن أصبح المقيم صائما ثم سافر وجامع وجبت عليه الكفارة لان السفر لا يبيح له الفطر في هذا اليوم فكان وجوده كعدمه

وإن أصبح الصحيح صائما ثم مرض وجامع لم تجب الكفارة لان المرض يبيح له الفطر في هذا اليوم وإن جامع ثم سافر لم تسقط عنه الكفارة لان السفر لا يبيح له الفطر في يومه فلا يسقط ما وجب فيه من الكفارة

وإن جامع ثم مرض أو جن ففيه قولان أحدهما أنه لا تسقط عنه الكفارة لانه معنى طرأ بعد وجوب الكفارة فلا يسقط الكفارة السفر

والثاني يسقط لان اليوم يرتبط بعضه ببعض فإذا خرج جزؤه عن أن يكون صائما فيه أو عن أن يكون الصوم فيه مستحقا خرج أوله عن أن يكون صوما أو مستحقا فيكون جماعه في يوم فطر أو في يوم صوم غير مستحق فلا تجب به الكفارة

فصل في الوطء كله سواء في الإفطار ووطء المرأة في الدبر واللواط كالوطء في الفرج في جميع ما ذكرناه من إفساد الصوم ووجوب الكفارة والقضاء لان الجميع وطء ولان الجميع في إيجاب الحد واحد فكذلك في إفساد الصوم وإيجاب الكفارة وأما إتيان البهيمة ففيه وجهان من أصحابنا من قال يبنى ذلك على وجوب الحد فإن قلنا يجب فيه الحد أفسد الصوم وأوجب الكفارة كالجماع في الفرج

وإن قلنا يجب فيه التعزير لم يفسد الصوم ولم تجب به الكفارة لانه كالوطء فيما دون الفرج في التعزير فكان مثله في إفساد الصوم وإيجاب الكفارة

ومن أصحابنا من قال يفسد الصوم ويوجب الكفارة قولا واحدا لانه وطء يوجب الغسل فجاز أن يتعلق به إفساد الصوم وإيجاب الكفارة كوطء المرأة

فصل فيمن عجز عن الكفارة ومن وطيء وطأ يوجب الكفارة ولم يقدر على الكفارة ففيه قولان أحدهما لا يجب لقوله صلى الله عليه وسلم للأعرابي خذه واستغفر الله وأطعم أهلك ولانه حق مالي يجب لله تعالى لا على وجه البدل فلم يجب مع العجز كزكاة الفطر

والثاني أنها تثبت في الذمة فإذا قدر لزمه أداؤها وهو الصحيح لانه حق لله تعالى يجب بسبب من جهته فلم يسقط بالعجز كجزاء الصيد

فصل فيمن أغمي عليه جميع النهار إذا نوى الصوم من الليل ثم أغمي عليه جميع النهار ولم يصح صومه وعليه القضاء

وقال المزني يصح صومه كما لو نوى الصوم ثم نام جميع النهار والدليل على أن الصوم لا يصح أن الصوم نية وترك لو نفرد الترك عن النية لم يصح فإذا انفردت النية عن الترك لم يصح

وأما النوم فإن أبا سعيد الإصطخري قال إذا نام جميع النهار لم يصح صومه كما لا يصح إذا أغمي عليه جميع النهار

والمذهب أنه يصح صومه إذا نام والفرق بينه وبين الإغماء أن النائم ثابت العقل لانه إذا نبه نتبه والمغمى عليه بخلافه ولان النائم كالمستيقظ ولهذا ولايته ثابتة على ماله بخلاف المغمى عليه

وإن نوى الصوم ثم أغمي عليه في بعض النهار فقد قال في كتاب الظهار و مختصر البويطي إذا كان في أوله مفيقا صح صومه وقال في كتاب الصوم إذا أفاق في بعضه أجزأه وقال في ختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى إذا كانت صائمة فأغمي عليها أو حاضت بطل صومها

وخرج أبو العباس قولا آخر أنه إن كان مفيقا في طرفي النهار صح صومه فمن أصحابنا من قال المسألة على قول واحد أنه يعتبر أن يكون مفيقا في أول النهار وتأول ما سواه من الأقوال على هذا

ومن أصحابنا من قال فيه أربعة أقوال

أحدها أنه يعتبر الإفاقة في أوله كالنية تعتبر في أوله

والثانى تعتبر الإفاقة في طرفيه كما أن في الصلاة يعتبر القصد في الطرفين في الدخول والخروج ولا يعتبر فيما بينهما

والثالث أنه تعتبر الإفاقة في جميعه فإذا أغمي عليه في بعضه لم يصح صومه لانه معنى إذا طرأ أسقط فرض الصلاة فأبطل الصوم كالحيض

والرابع أنه تعتبر الإفاقة في جزء منه

ولا أعرف له وجها

وإن نوى الصوم ثم جن ففيه قولان قال في الجديد يبطل الصوم لانه عارض يسقط فرض الصلاة فأبطل الصوم كالحيض

وقال في القديم هو كالإغماء لانه يزيل العقل والولاية فهو كالإغماء

." (١)

"أحكامه

وإن شرط فيه ثوابا مجهولا بطل قولا واحدا لانه شرط العوض ولانه شرط عوضا مجهولا

وإن قلنا إنه يجب العوض ففي قدره ثلاثة أقوال أحدها أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن أعرابيا وهب للنبي صلى الله عليه وسلم هبة فأثابه عليها وقال أرضيت قال لا فزاده وقال أرضيت فقال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد هممت ألا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي

والثاني يلزمه قدر قيمته لانه عقد يوجب العوض فإذا لم يكن مسمى وجب عوض المثل كالنكاح

والثالث يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله لان العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف

فإن قلنا إنه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع فإن تلفت العين رجع بقيمتها لان كل عين ثبت له الرجوع بها إذا تلفت وجب الرجوع إلى بدلها كالمبيع

ومن أصحابنا من قال لا يجب لان حق الواهب في العين وإن نقصت العين رجع فيها

وهل يرجع بأرش ما نقص فيه وجهان كالوجهين في رد القيمة إذا تلفت

---

(١) المهذب، ١/١٨٥

وإن شرط عوضا مجهولا لم تبطل لانه شرط ما يقتضيه العقد لان العقد على هذا القول يقتضي عوضا مجهولا وإن لم يدفع إليه العوض وتلف الموهوب ضمن العوض بلا خلاف

وإن شرط عوضا معلوما ففيه قولان أحدهما أن العقد يبطل لان العقد يقتضي عوضا غير مقدر فبطل بالتقدير

والثاني يصح لانه إذا صح بعوض مجهول فلان يصح بعوض معلوم أولى

فصل وإن اختلف الواهب والموهوب له فقال الواهب وهبتك ببدل وقال الموهوب له وهبتني على غير بدل ففيه وجهان أحدهما أن القول قول الواهب لانه لم يقر لخروج الشيء من ملكه إلا على بدل

والثاني أن القول قول الموهوب له لان الواهب أقر له بالهبة وادعى بدلا الأصل عدمه

باب العمرى والرقبى العمرى هو أن يقول أعمرتك هذه الدار حياتك أو جعلتها لك عمرك

وفيها ثلاث مسائل إحداها أن يقول أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك فهذه عطية صحيحة تصح بالإيجاب والقبول ويملك فيها بالقبض

والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث

والثانية أن يقول أعمرتك هذه الدار حياتك ولم يشرط شيئا ففيه قولان قال في القديم هو باطل لانه تمليك عين قدر بمدة فأشبه إذا قال أعمرتك سنة أو أعمرتك حياة زيد

وقال في الجديد هو عطية صحيحة ويكون للمعمر في حياته ولورثته بعده وهو الصحيح لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى حياته فهي له ولعقبه من بعده يرثها من يرثه من بعده ولان الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك وتنتقل إلى الورثة فلم يكن ما جعله له في حياته منافيا لحكم الأملاك

والثالثة أن يقول أعمرتك حياتك فإن مت عادت إلي إن كنت حيا وإلى ورثتي إن كنت ميتا فهي كالمسألة الثانية فتكون على قولين

أحدهما تبطل

والثاني تصح لانه شرط أن تعود إليه بعد ما زال ملكه أو إلى وارثه وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر في حق المعمر فيصير **وجوده كعدمه**

فصل وأما الرقبى فهو أن يقول أرقبتك هذه الدار أو داري لك رقبى ومعناه وهبت لك وكل واحد منا يرقب صاحبه

فإن مت قبلى عادت إلي وإن مت قبلك فهي لك

فتكون كالمسألة الثالثة من العمرى وقد بينا أن الثالثة كالثانية فتكون على قولين

وقال المزني الرقبى أن يجعلها لآخرهما موتا وهذا خطأ لما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعمر عمرى أو أرقب رقبى فهي للمعمر يرثها من يرثه

فصل ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه

ومن أصحابنا من قال لا يجوز إلا بقبول من عليه الدين لانه تبرع يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه فافتقر إلى قبوله كالوصية والهبة ولان فيه التزاما منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة

والمذهب الأول لانه إسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتق والطلاق والعفو عن الشفعة والقصاص

ولا يصح الإبراء من دين مجهول لانه إزالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة

." (١)

"ولانها إن كانت لكافر سترق ولده منها وإن كانت لمسلم لم يومن أن يبيعها من كافر فيسترق ولده منها وأما الأمة المسلمة فإنه إن كان الزوج حرا نظرت فإن لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ﴾ إلى قوله عز وجل ﴿ ذلك لمن خشي العنت منكم ﴾ فدل على أنها لا تحل لمن لم يخش العنت

وإن خشي العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولا وهو ما يتزوج به حرة ولا ما يشتري به أمة جاز له نكاحها للآية وإن وجد ما يتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الأمة لقوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم ﴾

---

(١) المهذب، ٤٤٨/١

فدل على أنه إذا استطاع ما ينكح به محصنة مومنة أنه لا ينكح الأمة وإن وجد ما يتزوج به حرة كتابية أو يشتري به أمة ففيه وجهان أحدهما يجوز لقوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم ﴾ وهذا غير مستطيع أن ينكح المحصنات المومنات

والثاني لا يجوز وهو الصحيح لقوله تعالى ﴿ ذلك لمن خشي العنت منكم ﴾

وهذا لا يخشى العنت

وإن كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها لصغر أو لرتق أو لضنى من مرض ففيه وجهان أحدهما يحل له نكاح الأمة لانه يخشى العنت

والثاني لا يحل لان تحته حرة فلا يحل له نكاح الأمة والصحيح هو الأول فإن لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طول حرة وخشي العنت فتزوج أمة ثم تزوج حرة أو وجد طول حرة أو أمن العنت لم يبطل نكاح الأمة

وقال المزني إذا وجد صداق حرة بطل نكاح الأمة لان شرط الإباحة قد زال وهذا خطأ لان زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كما لو أمن العنت بعد العقد وإن كان الزوج عبدا حل له نكاح الأمة وإن وجد صداق حرة ولم يخف العنت لانها مساوية له فلم يقف نكاحها على خوف العنت وعدم صداق الحرة كالحرة في حق الحر

فصل نكاح العبد مولاته ويحرم على العبد نكاح مولاته لان أحكام الملك والنكاح تتناقض فإن المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر إلى المشرق والعبد بحكم النكاح يطالبها بالسفر إلى المغرب والمرأة بحكم النكاح تطالبه بالنفقة والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة وإن تزوج العبد حرة ثم اشترته انفسخ النكاح لان ملك اليمين أقوى لانه يملك به الرقبة والمنفعة فأسقط النكاح

ويحرم على المولى أن يتزوج أمته لان النكاح يوجب للمرأة حقوقا يمنع منها ملك اليمين فبطل وإن تزوج جارية ثم ملكها انفسخ النكاح لما ذكرناه في العبد إذا تزوج حرة ثم اشترته

فصل نكاح الأب جارية ابنه ويحرم على الأب نكاح جارية ابنه لان له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره فإن تزوج جارية أجنبي ثم ملكها ابنه ففيه وجهان أحدهما أنه يبطل النكاح لان ملك الابن كملكه في إسقاط الحد وحرمة الاستيلاد فكان كملكه في إبطال النكاح

والثاني لا يبطل لانه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النكاح

فصل في نكاح المعتدة ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ ولان العدة وجبت لحفظ النسب فلو جوزنا فيها النكاح اختلط النسب وبطل المقصود

ويكره نكاح المرتابة بالحمل بعد انقضاء العدة لانه لا يومن أن تكون حاملا من غيره فإن تزوجها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس أن النكاح باطل لانها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها كما لو حدثت الريبة قبل انقضاء العدة

والثاني وهو قول أبي سعيد وأبي إسحاق أنه يصح وهو الصحيح لانها النكاح ويجوز نكاح الحامل من الزنا لان حملها لا يلحق بأحد فكان **وجوده كعدمه**

فصل في العدد في الزواج ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة لقوله تعالى ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ ريبة حدثت بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد

---

(١) ".

"فإن اختار نكاح المسلمة التي اختار فسخ نكاحها ففيه وجهان أحدهما ليس له ذلك لانا منعنا الفسخ فيها لانها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح وبإسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها فثبت فيها الفسخ

والثاني وهو المذهب أن له أن يختار نكاحها لان اختيار الفسخ كان قبل وقته فكان **وجوده كعدمه** كما لو اختار نكاح مشركة قبل إسلامها

فصل وإن أسلم وعنده حرة وأمة وأسلمتا معه ثبت نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة لانه لا يجوز أن يبتدىء نكاح الأمة مع وجود حرة فلا يجوز أن يختارها فإن أسلم وأسلمت الأمة معه وتخلفت الحرة فإن أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها وبطل نكاح الأمة كما لو أسلمتا معا وإن انقضت العدة ولم تسلم بانت باختلاف الدين فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة فله أن يمسكها

فصل وإن أسلم عبد وتحته أربع (إماء) فأسلمن معه لزمه أن يختار ثنتين فإن أعتق بعد إسلامه وإسلامهن لم تجز له الزيادة على ثنتين لانه ثبت له الاختيار وهو عبد

---

(١) المهذب، ٢/٤٥

وإن أسلم وأعتق ثم أسلمن أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الأربع لانه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة

فصل وإن تزوج امرأة معتدة من غيره وأسلما فإن كان قبل انقضاء العدة لم يقرا على النكاح لانه لا يجوز له أن يبتدىء نكاحها فلا يجوز إقراره على نكاحها وإن كان بعد انقضاء العدة أقرا عليه لانه يجوز أن يبتدىء نكاحها وإن أسلما وبينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لانه إن كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح وإن كان قبله لم يعتقدا تأبيده والنكاح عقد موبد

وإن أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لاحدهما متى شاء لم يقرا عليه لانهما لا يعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم

وإن أسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة أيام فإن كان قبل انقضاء المدة لم يقر عليه لانهما لا يعتقدان لزومه وإن كان بعد انقضاء المدة أقرا عليه لانهما يعتقدان لزومه

وإن طلق المشرك مرأته ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما لم يقرا عليه لانها لا تحل له قبل زوج فلم يقرا عليه كما لو أسلم وعنده ذات رحم محرم

وإن قهر حربي حربية ثم أسلما فإن اعتقدا ذلك نكاحا أقرا عليه لانه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي ولا شهود وإن لم يعتقدا ذلك نكاحا لم يقرا عليه لانه ليس بنكاح

فصل إذا ارتد الزوجان أو أحدهما فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة وإن كان بعد الدخول وقعت لفرقة على انقضاء العدة فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح وإن لم يجتمعا وقعت الفرقة لانه انتقال (من دين إلى دين) يمنع ابتداء النكاح فكان حكمه ما ذكرناه كما لو أسلم أحد الوثنيين

فصل وإن انتقل الكتابي إلى دين (لا) يقر أهله عليه لم يقر عليه لانه لو كان على هذا الدين في الأصل لم يقر عليه فكذلك إذا نتقل إليه وما الذي يقبل منه فيه ثلاثة أقوال أحدها يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه أو دين يقر عليه أهله لان كل واحد من ذلك مما يجوز الإقرار عليه

والثاني لا يقبل منه إلا الإسلام لانه دين حق أو الدين الذي كان عليه لانا أقررناه عليه

والثالث لا يقبل منه إلا الإسلام وهو الصحيح لانه عترف ببطلان كل دين سوى دينه ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه فلم يبق إلا الإسلام وإن انتقل الكتابي إلى دين يقر أهله عليه ففيه قولان أحدهما يقر عليه لانه دين يقر أهله عليه فأقر عليه كالإسلام

والثاني لا يقر عليه لقوله عز وجل ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه ﴾

فعلى هذا فيما يقبل منه قولان أحدهما يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه

والثاني لا يقبل منه إلا الإسلام لما ذكرناه وكل من انتقل من الكفار إلى دين لا يقر عليه فحكمه في بطلان نكاحه حكم المسلم إذا رتد

فصل وإن تزوج كتابي وثنية ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري أنه لا يقر عليه لان كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الذمي كنكاح المرتدة

والثاني وهو المذهب أنه يقر عليه لان كل نكاح أقر عليه بعد الإسلام أقر عليه قبله كنكاح الكتابية

فصل إذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا

فقالت (المرأة) أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح وقال الزوج بل أسلمنا

." (١)

"الصلاة السلام رفع عن إمتي الخطأ والنسيان وما ستكرهوا عليه ولأن القصاص عقوبة (مغلظة) فلا يستحق مع الخطإ ولا يجب في عمد الخطإ وهو أن يقصد الإصابة بما لا يقتل غالبا فيموت منه لأنه لم يقصد القتل فلا يجب عليه عقوبة القتل كما لا يجب حد الزنا في وطء الشبهة حيث لم يقصد الزنا

فصل ولا يجب القصاص على صبي ولا مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولأنه عقوبة مغلظة فلم يجب على الصبي والمجنون كالحدود والقتل بالكفر وفي السكران طريقان من أصحابنا من قال يجب عليه القصاص قولا واحدا

ومنهم من قال فيه قولان وقد بيناه في كتاب الطلاق

فصل ويقتل المسلم بالمسلم والذمي بالذمي والحر بالحر والعبد بالعبد والذكر بالذكر والأنثى بالأنثى لقوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ﴾ ويقتل الذمي بالمسلم والعبد بالحر والأنثى بالذكر لأنه إذا قتل كل واحد منهم بمن هو مثله فلأن يقتل بمن هو (أفضل منه) أولى ويقتل الذكر بالأنثى لما روى أبو بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن أن الرجل يقتل بالمرأة ولأن المرأة كالرجل في حد القذف فكانت كالرجل في القصاص

---

(١) المهذب، ٥٤/٢

فصل ولا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر ولا على الحر بقتل العبد لما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال من السنة ألا يقتل مسلم بكافر ومن السنة ألا يقتل حر بعبد فإن جرح ذمي ذميا ثم أسلم الجاني أو جرح عبد عبدا ثم أعتق الجاني قتص منه لأنهما متكافئان (منه) حال الوجوب والإعتبار بحال الوجوب لأن القصاص كالحد والحد يعتبر بحال الوجوب بدليل أنه إذا زنى وهو بكر ثم أحصن أقيم عليه حد البكر ولو زنى وهو عبد ثم أعتق أقيم عليه حد العبد فوجب أن يعتبر القصاص أيضا بحال الوجوب وإن قطع مسلم يد ذمي ثم أسلم ثم مات أو قطع حر يد عبد ثم أعتق ثم مات لم يجب القصاص لأن التكافؤ معدوم عند وجود الجناية فإن جرح مسلم مسلما ثم رتد المجروح ثم أسلم ثم مات فإن أقام في الردة زمانا يسري الجرح في مثله لم يجب القصاص لأن الجناية في الإسلام توجب القصاص والسراية في الردة تسقط القصاص فغلب الإسقاط كما لو جرح جرحا عمدا وجرحا خطأ فإن لم يقم في الردة زمانا يسري فيه الجرح ففيه قولان أحدهما لا يجب فيه القصاص لأنه أتى عليه زمان لو مات فيه لم يجب القصاص فسقط

والثاني يجب القصاص وهو الصحيح لأن الجناية والموت وجد في حال الإسلام وزمان الردة لم يسر فيه الجرح فكان **وجوده كعدمه** وإن قطع يده ثم رتد ثم مات ففيه قولان أحدهما يسقط القصاص في الطرف لأنه تابع للنفس فإذا لم يجب القصاص في النفس لم يجب في الطرف

والثاني وهو الصحيح أنه يجب لأن القصاص في الطرف يجب مستقرا فلا يسقط بسقوطه في النفس والدليل عليه أنه لو قطع طرف إنسان ثم قتله من لا قصاص عليه لم يسقط القصاص في الطرف وإن سقط في النفس

فصل وإن قتل مرتد ذميا ففيه قولان أحدهما أنه يجب القصاص وهو ختيار المزني لأنهما كافران فجرى القصاص بينهما كالذميين

والثاني أنه لا يجب لأن حرمة الإسلام باقية في المرتد بدليل أنه يجب عليه قضاء العبادات ويحرم سترقاقه وإن كانت مرأة لم يجز للذمي نكاحها فلا يجوز قتله بالذمي

وإن جرح مسلم ذميا ثم رتد الجاني ثم مات المجني عليه لم يجب القصاص قولا واحدا لأنه عدم التكافؤ في حال الجناية فلم يجب القصاص وإن وجد التكافؤ بعد ذلك كما لو جرح حر عبدا ثم أعتق العبد

وإن قتل ذمي مرتدا فقد ختلف أصحابنا فيه

فمنهم من قال يجب عليه القصاص إن كان القتل عمدا والدية إن كان خطأ لأن الذمي لا يقتل المرتد تدينا وإنما يقتله عنادا فأشبه إذا قتل مسلما

وقال أبو إسحق لا يلزمه قصاص ولا دية وهو الصحيح لأنه مباح الدم فلم يضمن بالقتل كما لو قتله مسلم

وقال أبو سعيد الإصطخري إن قتله عمدا وجب القصاص لأنه قتله عنادا وإن قتله خطأ لم تلزمه الدية لأنه لا حرمة له

فصل وإن حبس السلطان مرتدا فأسلم وخلاه فقتله مسلم لم يعلم بإسلامه ففيه قولان أحدهما (أنه) لا قصاص عليه لأنه لم

." (١)

"وعبد الرحمن بن عوف فقال على رضى الله عنه أرى أن ترجمها وقال عبد الرحمن أرى مثل ما رأى أخوك فقال لعثمان ما تقول قال أراها تستهل بالذى صنعت لا ترى به بأسا وإنما حد الله على من علم أمر الله عز وجل فقال صدقت

فإن زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريمه فإن كان قد نشأ فيما بين المسلمين لم يقبل قوله لانا نعلم كذبه وإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ فى بادية بعهيدة من المسلمين أو كان مجنونا فأفاق وزنى قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله لانه يحتمل ما يدعيه فلم يجب الحد وإن وطىء المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن وادعى أنه جهل تحريمه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل دعواه إلا أن يكون قريب العهد بالإسلام أو نشأ فى موضع بعيد من المسلمين كما لا يقبل دعوى الجهل إذا وطئها من غير إذن الراهن

والثانى أنه يقبل قوله لان معرفة ذلك تحتاج إلى فقه

فصل وإن وجد امرأة فى فراشه فظنها أمته أو زوجته فوطئها لم يلزمه الحد لانه يحتمل ما يدعيه من الشبهة

فصل وإن كان أحد الشريكين فى الوطء صغيرا والآخر بالغا أو أحدهما مستيقظا والآخر نائما أو أحدهما عاقلا والآخر مجنونا أو أحدهما عالما بالتحريم والآخر جاهلا أو أحدهما مختارا والآخر مستكرها

---

(١) المهذب، ١٧٣/٢

أو أحدهما مسلما والآخر مستأمنا وجب الحد على من هو من أهل الحد ولم يجب على الآخر لان أحدهما انفرد بما يوجب الحد وانفرد الآخر بما يسقط الحد فوجب الحد على أحدهما وسقط عن الآخر وإن كان أحدهما محصنا والآخر غير محصن وجب على المحصن الرجم وعلى غير المحصن الجلد والتغريب لان أحدهما انفرد بسبب الرجم والآخر انفرد بسبب الجلد والتغريب

وإن أقر أحدهما بالزنا وأنكر الآخر وجب على المقر الحد لما روى سهل بن سعد الساعدى أن رجلا أقر أنه زنى بامرأة فبعث النبى صلى الله عليه وسلم إليها فجحدت فحد الرجل

وروى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهنى رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارحمها فأوجب الحد على الرجل وعلق الرجم على اعتراف المرأة

فصل وإن استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بها أو تزوج ذات رحم محرم فوطئها وهو يعتقد تحريمها وجب عليه الحد لانه لا تأثير للعقد فى إباحة وطئها فكان **وجوده كعدمه**

وإن ملك ذات رحم محرم ووطئها ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه الحد لان ملكه لا يبيح وطأها بحال فلم يسقط الحد

والثانى أنه لا يجب عليه الحد وهو الصحيح لانه وطء فى (ملكه) فلم يجب به الحد كوطء أمته الحائض ولانه لا يختلف المذهب أنه يثبت به النسب وتصير الجارية أم ولد له فلم يجب به الحد

فإن وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور إن علم بتحريمها وجب عليه الحد لان ملك البعض لا يبيح الوطء فلم يسقط الحد كملك ذات رحم محرم وهذا خطأ لانه اجتمع فى الوطء ما يوجب الحد وما يسقط فغلب الإسقاط لان مبنى الحد على الدرء والإسقاط

وإن وطىء جارية ابنه لم يجب عليه الحد لان له فيها شبهة ويلحقه نسب ولدها فلم يلزمه الحد بوطئها

فصل واللواط محرم لقوله عز وجل ﴿ ولوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين ﴾ فسماه فاحشة وقد قال عز وجل ﴿ ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ﴾ ولان الله عز وجل عذب بها قوم لوط بما لم يعذب به أحدا فدل على تحريمه

ومن فعل ذلك وهو ممن يجب عليه حد الزنا وجب عليه الحد وفى حده قولان أحدهما وهو المشهور من مذهبه أنه يجب فيه ما يجب فى الزنا فإن كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب وإن

كان محصنا وجب عليه الرجم لما روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان ولانه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا

والقول الثانى أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به لما روى بن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به ولان تحريمه أغلظ فكان حده أغلظ

وكيف يقتل فيه وجهان أحدهما أنه يقتل بالسيف لانه أطلق القتل فى الخبر فانصرف إطلاقه إلى القتل بالسيف

والثانى أنه يرجم لانه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا

فيما دون الفرج بشهوة والدليل عليه قوله عز وجل ﴿ والذين هم لفروجهم ﴾ فصل ومن حرمت مباشرته فى الفرج بحكم الزنا أو اللواط حرمت مباشرته ﴿ حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ﴾

". (١)

" فصل فى فإن شهد أربعة على رجل بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم (فإن كان بسبب ظاهر) بأن كان عبدا أو كافرا أو متظاهرا بالفسق كان كما لو يتم العدد لان **وجوده كعدمه**

وإن كان بسبب خفى كالفسق الباطن ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم ما لو نقص بالعدد لان عدم العدالة كعدم العدد

والثانى أنهم لا يحدون قولا واحدا لانه إذا كان الرد بسبب فى الباطن لم يكن من جهتهم تفريط فى الشهادة لانهم معذورون فلم يجحدوا

وإذا كان بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب عليهم الحد

وإن شهد أربعة بالزنا ورجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف لانه اعترف بالقذف

ومن أصحابنا من قال فى حده قولان لانه أضاف الزنا إليه بلفظ الشهادة وليس بشيء

---

(١) المهذب، ٢/٢٦٨

وأما الثلاثة فالمنصوص أنه لا حد عليهم قولا واحدا لانه ليس من جهتهم تفريط لانهم شهدوا والعدد تام ورجوع من رجع لا يمكنهم الاحتراز منه

ومن أصحابنا من قال فى حدهم قولان وهو ضعيف فإن رجعوا كلهم وقالوا تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد

ومن أصحابنا من قال فيه قولان وليس بشيء

وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وشهد أربع نسوة أنها بكر لم يجب عليها الحد لانه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل ويحتمل أن تكون عائدة لان البكارة تعود إذا لم يبالغ فى الجماع فلا يجب الحد مع الاحتمال

ولا يجب الحد على الشهود لانا إذا درأنا الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية وهم كاذبون وجب أن ندرأ الحد عنهم لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون

فصل ويثبت المال وما يقصد به كالبيع والإجارة والهبة والوصية والرهن والضمان بشاهد وامرأتين لقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ فنص على ذلك فى السلم وقسنا عليه المال وكل ما يقصد به المال

فصل وما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصية إليه وقتل العمد والحدود سوى حد الزنا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين لقوله عز وجل فى الرجعة ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ ولما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح إلا بولى وشاهدي عدل وعن الزهرى أنه قال جرت السنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ألا تقبل شهادة النساء فى الحدود فدل النص على الرجعة والنكاح والحدود وقسنا عليها كل ما لا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال

وإن اتفق الزوجان على النكاح واختلفا فى الصداق ثبت الصداق بالشاهد والمرأتين لانه إثبات مال

وإن ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج لم يثبت إلا بشهادة رجلين وإن ادعى الزوج الخلع وأنكرت المرأة ثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان بينة المرأة لاثبات الطلاق وبينة الرجل لاثبات المال

وإن شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت المال دون القطع

وإن شهد رجل وامرأتان بقتل العمد لم يثبت القصاص ولا الدية

والفرق بين القتل والسرقة أن قتل العمد فى أحد القولين يوجب القصاص والدية بدل عنه تجب بالعفو عن القصاص وإذا لم يثبت القصاص لم يثبت بدله

وفى القول الثانى يوجب أحد البدلين لا بعينه وإنما يتعين بالاختيار فلو أوجبنا الدية دون القصاص أوجبنا معينا وهذا خلاف موجب القتل وليس كذلك السرقة فإنها توجب القطع والمال على سبيل الجمع وليس أحدهما بدلا عن الآخر فجاز أن يوجب أحدهما دون الآخر

فصل ولا يقبل فى موضحة العمد إلا شاهدان ذكران لانها جناية توجب القصاص وفى الهاشمة والمنقلة قولان أحدهما أنه لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين لانها جناية تتضمن القصاص

والثانى أنها تثبت بالشاهد والمرأتين لان الهاشمة والمنقلة لا قصاص فيهما وإنما القصاص فى ضمنهما فثبت بالشاهد والمرأتين فعلى هذا يجب أرش الهاشمة والمنقلة ولا يثبت القصاص فى الموضحة

وإن اختلف السيد والمكاتب فى قدر المال أو صفته أو أدائه قضى فيه بالشاهد والمرأتين لان الشهادة على المال وإن أفضى إلى العتق الذى لا يثبت بشهادة الرجل والمرأتين كما تثبت الولادة بشهادة النساء وإن أفضى إلى النسب الذى لا يثبت بشهادتهن

فصل وإن كان فى يد رجل جارية لها ولد فادعى رجل أنها أم ولده وولدها

". (١)

"لو كان مع التيمم غسل بعض الأعضاء وإن قال بعضهم إنه يرفعه حينئذ نهاية .

(قوله لم يبطل) أي التيمم و (قوله بغيره) أي الحدث .

(قوله صليت إلخ) أي أصليت كما في رواية ع ش .

(قوله مع تيممه) أي عن الجنابة من شدة البرد نهاية .

(قوله إفادة إلخ) ، وقد يقال إنما سماه بذلك لأن التيمم للبرد لا يسقط معه القضاء فكان **وجوده كعدمه** ع ش .

(قوله لفرض إلخ) أي أو الفرض فقط أو نوافل فقط مغني .

(قوله .

---

(١) المهذب، ٢/٣٣٣

وأما صحة صلاتهم) أي وإنما لم يأمرهم بالإعادة لأنها على التراخي فليس .
فيه تأخير البيان عن وقت الحاجة فليتأمل سم .." (١)

"يروج إلى ولا يكره (قوله ويكره للإمام إلخ) أي لخبر الصحيحين ﴿ من غشنا فليس منا ﴾ فإن علم معيارها أي قدر الغش صحت المعاملة بها معينة وفي الذمة اتفاقا وإن كان مجهولا ففيه أربعة أوجه أصحها الصحة مطلقا ولو كان الغش قليلا بحيث لا يأخذ خطأ من الوزن **فوجوده كعدمه** مغني زاد النهاية ويحمل العقد عليها إن غلبت أي في محل العقد ا هـ .

زاد الإيعاب قال الصيمري ولا يجوز بيع بعضها ببعض ولا بخالص إلا إن علم قدر الغش ولم يكن له قيمة ولا أثر في الوزن وبيع الدراهم الخالصة أو المغشوشة بذهب مخلوط بفضة لها قيمة لا يجوز أيضا ؛ لأنه حينئذ من قاعدة مد عجوة كما يعلم مما يأتي فيها ا هـ .

(قوله ولغيره ضرب الخالص إلخ) عبارة العباب مع شرحه ويكره لغير الإمام الضرب لدراهم أو دنانير وينبغي أن يلحق بهما الفلوس للعلة الآتية بغير إذنه ولو ضرب ذلك خالصا ؛ لأنه من شأن الإمام ولأن فيه افتياتا عليه وللإمام تعزيره قال القاضي وتعزيره للمغشوش أشد وفي التوسط الوجه التحريم مطلقا ولا شك إذا زجر الإمام عنه ا هـ .

عبارة شيخنا ويحرم على غير الإمام ضرب المغشوش ويكره له ضرب الخالص وبهذا تعلم أن قول الشيخ الخطيب أي والنهاية ويكره لغير الإمام ضرب الدراهم والدنانير ولو خالصة ضعيف بالنسبة لما انطوى تحت الغاية وهو المغشوشة ا هـ .

(قوله وما لا يروج إلخ) ولو ضرب مغشوشة على سكة الإمام وغشها أزيد من غش ضربه حرم فيما يظهر لما فيه من التدليس." (٢)

"منه حينئذ وإلا لم يجز واعتمده الإسنوي وغيره وقوله من الاستبراء تبع فيه الرافعي وصحح في الروضة أيضا اعتبارها من حين الزنا بعد الاستبراء ؛ لأنه مستند اللعان فعليه إذا ولدت لدون ستة أشهر منه ولأكثر من دونها من الاستبراء تبينا أنه ليس من ذلك الزنا فيصير **وجوده كعدمه** فلا يجوز النفي رعاية للفراش ووجه

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤/٦٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٢/٢١٧

البلقيني المتن بمنع تيقن ذلك لاحتمال سبق زناه بها خفية قبل الزنا الذي رآه .

s." (١)

."

(قوله : بنون ثم تاء إلخ) عبارة المغني وضبط المصنف متنقبة بمثناة فوقية ثم نون مفتوحتين ثم قاف مكسورة شديدة وفي بعض شروح المتن ضبطه بنون ساكنة ثم مثناة فوقية مفتوحة ثم قاف مكسورة خفيفة وجرى على ذلك الشارح فقال بنون ثم تاء كما في الصحاح ا هـ .

(قوله : للأداء إلخ) سيذكر محترزه .

(قوله : ولا أثر لحائل رقيق) أي : في صحة تحمل الشهادة عليها لأن **وجوده كعدمه** حيث لم يمنع معرفة صورتها ع ش .

(قوله : كما مر) أي : في شرح وإبصار قائلها .

(قوله : فتعلق بها) لعل المراد بالتعلق بها هنا ملازمتها رشيدي .

(قوله : بشرط أن يكشف نقابها إلخ) هذا شرط للعمل بالشهادة كما لا يخفى رشيدي .

(قوله : قال جمع ولا ينعقد إلخ) إذا رأى الشاهدان وجهها عند العقد صح وإن لم يره القاضي العاقد ؛ لأنه ليس بحاكم بالنكاح ولا شاهد كما لو زوج ولي النسب موليته التي لم يرها قط بل لا يشترط رؤية الشاهدين وجهها في انعقاد النكاح كما مال إليه كلام الشارح في باب النكاح خلاف ما نقله عن الجمع المذكور سم .

(قوله : كأن تحملا إلخ) أي : ثم شهدا بذلك مغني .

(قوله : جاز) جواب أما فكان ينبغي زيادة الفاء .

(قوله : وثبت الحق بالبينتين) هل يجري هذا في نظائره كالشهادة على من يجهل اسمه ونسبه المار رشيدي أي : والظاهر نعم .

(قوله : وثبت الحق بالبينتين) أي : كما لو قامت بينة أن فلان بن فلان الفلاني أقر بكذا وقامت أخرى على أن الحاضر هو فلان بن فلان ثبت الحق." (٢)

"أربع سنين من وقت الوطء أو لأقل من ستة أشهر

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٨٢/٣٤

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٩٨/٤٤

ولو وطئها وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر ولدون أربع سنين فإن لم يستبرئها بحيضة أو استبرأها فأتت بولد لدون ستة أشهر من وقت الإستبراء لم يحل له النفي ولا اعتبار بريبة يجدها في نفسه أو شبهة تخيل له فسادا وإن استبرأها وأتت به لأكثر من ستة أشهر من الإستبراء فثلاثة أوجه

أحدها يجوز النفي لأن الإستبراء أمارة ظاهرة على أنه ليس منه والمستحب أن لا ينفيه لأن الحامل قد ترى الدم

والثاني إن رأى بعد الإستبراء القرينة المبيحة للقذف جاز النفي بل لزمه وإن لم ير شيئا لم يجز

والثالث يجوز النفي سواء وجدت قرينة وأمارة أم لا ولا يجب بحال للإحتمال

وأصح هذه الأوجه الثاني صححه الغزالي وبه قطع العراقيون وبالأول قطع البغوي

قلت جعل الرافعي الأوجه فيما إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الإستبراء وكذا فعل القاضي حسين والإمام والبغوي والمتولي

والصحيح ما قاله المحاملي وصاحبا المهذب و العدة وآخرون أن الإعتبار في ستة الأشهر من حين زنى الزاني بها لأن مستند اللعان زناه فإذا ولدت لدون ستة أشهر من زنا ولأكثر من سنة من الإستبراء تيقنا أنه ليس من ذلك الزنا فيصير **وجوده كعدمه** ولا يجوز النفي وهذا أوضح

والله أعلم

ولو كان الزوج يطأ ويعزل فالصحيح الذي قطع به صاحبا المهذب و التهذيب وغيرهما أنه لا يجوز النفي بذلك فقد سبق الماء وجعله الغزالي مجوزا للنفي

ولو جامع في الدبر أو فيما دون الفرج فله النفي على الأصح

فرع لو أتت بولد لا يشبهه نظر إن خالفه في نقص وكمال وقبح ونحوها حرم النفي وإن ولدت أسود وهما أبيضان أو عكسه فإن لم ينضم

(١) ".

"أحدهما الصحة للإمكان وحصول الحذق وأصحهما الفساد لبعد حصول المقصود ويجري الخلاف في كل صورة تندر فيها الإصابة المشروطة فمنها التناضل إلى مسافة تندر فيها الإصابة والتناضل في الليلة المظلمة وإن كان الغرض قد يتراءى لهما ويقرب من هذا ما ذكره الأصحاب أن المتناضلين ينبغي أن يتقاربا

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٨/٣٢٩

في الحذق بحيث يحتمل أن يكون كل واحد فاضلا ومفضولا فإن تفاوتا وكان أحدهما مصيبا في أكثر رميه والآخر يخطىء في أكثره فوجهان ويتعلق بهذا الشرط أن المحلل بين المتناضلين ينبغي أن يكون بحيث يمكن فوزه وقصوره فإن علم قصوره **فوجوده كعدمه** وإن علم فوزه فعلى الوجهين في إصابة واحد من مائة

الشرط الرابع الإعلام فيشترط في المناضلة العلم بأمور لاختلاف الغرض باختلافها منها المال المشروط على ما ذكرنا في المسابقة ومنها عدد الإصابة كخمسة من عشرين وليبينا صفة الإصابة من القرع وهو الإصابة المجردة والخرق وهو أن يثقب الغرض ولا يثبت فيه والخسق وهو أن يثبت فيه والخرم وهو أن يصيب طرف الغرض فيخرمه والمرق وهو أن يثقبه ويخرج من الجانب الآخر ثم كتب كثير من الأصحاب منهم العراقيون مصرحة بأنه لا بد من ذكر ما يريدان من هذه الصفات سوى الخرم والمرق فإنهم لم يشرطوا التعرض لهما والأصح ما ذكره البغوي أنه لا يشترط التعرض لشيء منها كالخرم والمرق وكإصابة أعلى الشن وأسفله قال وإذا أطلقا العقد حمل على القرع لأنه المتعارف وأحسن من هذه العبارة أن يقال حقيقة اللفظ ما يشترك فيه جميع ذلك ومنها إعلام المسافة التي يرميان فيها وفي وجوبه قولان حكاهما الإمام أحدهما نعم لاختلاف الغرض بها والثاني لا وينزل على العادة

---

(١) ".

"من حين زنى الزاني بها، لان مستند اللعان زناه، فإذا ولدت لدون ستة أشهر من زنا، ولاكثر من سنة من الاستبراء، تيقنا أنه ليس من ذلك الزنا، فيصير **وجوده كعدمه**، ولا يجوز النفي، وهذا أوضح. والله أعلم. ولو كان الزوج يطأ ويعزل، فالصحيح الذي قطع به صاحبا المهذب والتهذيب وغيرهما أنه لا يجوز النفي بذلك، فقد سبق الماء، وجعله الغزالي مجوزا للنفي. ولو جامع في الدبر أو فيما دون الفرج، فله النفي على الاصح. فرع لو أتت بولد لا يشبهه، نظر، إن خالفه في نقص وكمال خلقة، أو حسن وقبح ونحوها، حرم النفي، وإن ولدت أسود وهما أبيضان أو عكسه، فإن لم ينضم إليه قرينة الزنا، حرم النفي، وإن انضمت أو كان يتهمها برجل، فأتت بولد على لون ذلك الرجل، جاز النفي على الاصح عند البندنيجي والروياني وغيرهما. وصحح الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب المنع. قلت: المنع أصح، وممن صححه غير المذكورين، صاحبا الحاوي والعدة. والله أعلم. قال الامام: ولا يؤثر الاختلاف في الالوان المتقاربة، كالادمة

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٣٦٦/١٠

والسمرة والشقرة، والقرينة من البياض. فرع متى نفى الولد ولاعن، حكم بنفوذه في الظاهر، ولا يكلف بيان السبب الذي بنى النفي عليه، لكن يجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى رعاية الاسباب المذكورة، وبناء النفي على ما يجوز البناء عليه، كما سبق.." (١)

"العادة، كإصابة الحاذق واحدا من مائة، ففي صحة العقد وجهان، وجه المنع، أن هذا العقد ينبغي أن يكون فيه خطر ليتأنق الرامي في الاصابة. قلت: أصحهما. ولو شرط ما يمكن حصوله نادرا، فوجهان، ويقال: قولان، أحدهما: الصحة، للامكان وحصول الحذق، وأصحهما: الفساد، لبعد حصول المقصود، ويجري الخلاف في كل صورة تندر فيها الاصابة المشروطة، فمنها: التناضل إلى مسافة تندر فيها الاصابة، والتناضل في الليلة المظلمة وإن كان الغرض قد يتراءى لهما، ويقرب من هذا ما ذكره الاصحاب أن المتناضلين ينبغي أن يتقاربا في الحذق بحيث يحتمل أن يكون كل واحد فاضلا ومفضولا، فإن تفاوتا وكان أحدهما مصيبا في أكثر رميه، والآخر يخطئ في أكثره، فوجهان، ويتعلق بهذا الشرط أن المحلل بين المتناضلين ينبغي أن يكون بحيث يمكن فوزه وقصوره، فإن علم قصوره، **فوجوده كعدمه**، وإن علم فوزه فعلى الوجهين في إصابة واحد من مائة. الشرط الرابع: الاعلام، فيشترط في المناضلة العلم بأمور لاختلاف الغرض باختلافها، منها: المال المشروط على ما ذكرنا في المسابقة، ومنها: عدد الاصابة، كخمسة من عشرين، وليبينا صفة الاصابة من القرع، وهو الاصابة المجردة، والخرق، وهو أن يثقب الغرض، ولا يثبت فيه، والخسق وهو أن يثبت فيه، والخرم وهو أن يصيب طرف الغرض فيخرمه، والمرق وهو أن يثقبه، ويخرج من الجانب الآخر، ثم كتب كثير من الاصحاب منهم العراقيون مصرحة بأنه لا بد من ذكر ما يريدان من هذه الصفات سوى الخرم والمرق، فإنهم لم يشرطوا التعرض لهما، والاصح ما ذكره البغوي: أنه لا يشترط التعرض لشئ منها، كالخرم والمرق، وكإصابة أعلى الشن وأسفله، قال: وإذا أطلقا العقد حمل على القرع، لانه المتعارف، وأحسن من هذه العبارة أن يقال: حقيقة اللفظ ما يشترك فيه جميع ذلك، ومنها: إعلام المسافة التي يرميان فيها، وفي وجوبه قولان حكاهما الامام، أحدهما: نعم، لاختلاف الغرض بها، والثاني: لا، وينزل على العادة الغالبة للرماة هناك إن كانت، فإن لم تكن عادة وجب قطعا، وعلى هذا يحمل ما أطلقه." (٢)

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٣٠٥/٦

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٥٤٥/٧

"تكون عدتها قرءا ونصفا.

وقوله: إذ لا يظهر الخ علة التكميل، وجعله في شرح الروض علة لعلة قبلها وعبارته: وإنما كمل القرء الثاني لتعذر تبعيضه كالطلاق إذ لا يظهر الخ.

اه.

وهي أولى.

وإنما تعذر تبعيضه لان أكثر الطهر لا آخر له ولا تعتبر عادتها فيه لانه ربما أنها تخالف عادتها فاحتيط لذلك، وأوجبوا عليها تكميل القرء.

وقوله نصفه: أي الطهر وقوله إلا بظهور كله: أي لا يظهر النصف إلا بظهور الكل: أي لا يتبين، ويتضح لنا إلا إذا تم ظهور الكل وتمام ظهوره يكون بعود الدم (قوله: فلا بد الخ) تفريع على العلة أو على المعلل.

وقوله من الانتظار.

أي تنتظر نفسها وتتربص فلا تتزوج.

وقوله إلى أن يعود الدم: أي فإذا عاد تمت مدة الانتظار والتربص فيجوز لها بعد ذلك أن تتزوج لانقضاء العدة (قوله: وتعتدان الخ) لما أنهى الكلام على عدة الحائل شرع في بيان عدة الحامل.

وقوله أي الحرة والامة: بيان لالف التثنية.

وقوله لوفاة متعلق بتعتدان: أي تعتدان عدة وفاة.

وقوله أو غيرها: أي الوفاة أي غير مدة الوفاة كعدة الطلاق أو الفسخ (قوله: وإن كانتا تحيضان) غاية لكون عدة الحامل بوضع الحمل، وحينئذ فكان الاولى تأخيره عن قوله بوضع حمل (قوله: بوضع حمل) متعلق بتعتدان والمراد تنقضي عدتهما بوضع حمل، وذلك لقوله تعالى: * (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) * وهو مخصص لقوله تعالى: * (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) * ولان القصد من العدة براءة الرحم وهي حاصلة بالوضع.

ثم إنه يتوقف انقضاؤها على انفصال جميع الولد فلا أثر لخروج بعضه متصلا أو منفصلا، ويتوقف أيضا على وضع الولد الاخير من توأمين بينهما أقل من ستة أشهر، فإن كان بينهما ستة أشهر فأكثر فالثاني حمل آخر.

وقوله حملتا: أي الحرة والامة وقدره لاجل تعلق الجار والمجرور بعده ولا حاجة لتقديره ويكون الجار والمجرور بعده صفة لحمل: أي حمل منسوب لصاحب العدة من زوج أو واطئ شبهة.

وخرج به ما إذا كان منسوبا لغيره فلا تنقضي العدة به.

ثم إن كان الحمل بوطئ شبهة انقضت عدة الشبهة بوضعه ثم تعتد للزوج وإن كان من زنا **فوجوده كعدمه**: إذ لا إحترام له فإن كانت من ذوات الاشهر بأن لم تحض قبل الحمل اعتدت بها أو من ذوات الاقراء اعتدت بها وعليه لو زنت في العدة وحملت من الزنا لم تنقطع العدة (قوله: ولو مضغة الخ) غاية لكون عدة الحامل بالوضع أن تعتد بذلك ولو كان ما وضعته من الحمل مضغة تتصور لو بقيت في بطنها، ومثله بالاولى ما لو كان فيها صورة آدمي بالفعل.

وعبارة المنهاج مع التحفة: وتنقضي بمضغة فيها صورة آدمي خفية على غير القوابل أخبر بها بطريق الجزم أهل الخبرة ومنهم القوابل لانها حينئذ تسمى حملا وعبروا بأخبر لانه لا يشترط لفظ شهادة إلا إذا وجدت دعوى عند قاض أو محكم،

وإذا اكتفى في الاخبار بالنسبة للباطن فليكتف بقابلة –كما هو ظاهر – أخذا من قولهم لمن غاب زوجها فأخبرها عدل بموته أن تتزوج باطنا فإن لم يكن فيها صورة خفية ولكن قلن: أي القوابل مثلا لا مع تردد هي أصل آدمي ولو بقيت تخلقت انقضت العدة بوضعها أيضا على المذهب لتيقن براءة الرحم بها كالدم بل أولى.

اه.

وقوله فليكتف بقابلة: أي بالنسبة للباطن، أما بالنسبة للظاهر فلا بد من أربع قوابل بشرط عدالتهن كما في سائر الشهادات أو رجلين أو رجل وامرأتين (قوله: لا بوضع علقة) أي لا تنقضي العدة بوضع علقة، وذلك لانها تسمى دما لا حملا ولا يعلم كونها أصل آدمي، ومثلها بالاولى النطفة (قوله: يلحق ذا العدة الخ) أي بشرط أن لا تنكح آخر أو نكحته، ولكن لم يمكن كون الولد منه بأن كان صبيا أو ممسوحا أو ولدته لدون ستة أشهر من نكاحه كما سيعلم مما بعده.

وقوله إلى أربع سنين: متعلق بمحذوف: أي إذا وضعت لستة أشهر ولحظتين أو أكثر، وتنتهي الكثرة بوضعه لاربع سنين لانها أكثر مدة الحمل بدليل الاستقراء.

وحكي عن مالك أنه قال: جاورتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاث أبطن في اثنتي

---

(١) سورة الطلاق، الاية: ٤.

(٢) سورة البقرة، الاية: ٢٢٨.." [١]

"(قوله: فيسقط الفسخ) أي خياره فليس لها الخيار بالفسخ إذا أخرته بلا عذر عن الرفع إلى الحاكم أو عن الامهال على ما قاله الاذرعي، واستوجهه سم، وقوله كجهل مثال للعذر، فإذا جهلت أن الخيار فوري وأخرته عن الرفع المذكور لها الفسخ بعد ذلك (قوله: ولا فسخ بعد الوطئ) أي طائعة وكان حقه أن يذكره كما ذكره فيما تقدم لاجل أن يلائم التفريع بعده (قوله: لتلف المعوض) تعليل لعدم جواز الفسخ: يعني ليس لها الفسخ بما ذكر لكون المعوض، وهو البضع، قد تلف بالوطئ، والعوض، وهو المهر، صار دينا في ذمته بتمكينها له لانه يشعر برضاها بذمته.

والفسخ لا يتصور إلا إذا كان المعوض باقيا بحاله، والعوض ليس في الذمة، فصار حكمه حينئذ حكم عجز المشتري عن الثمن بعد قبض المبيع وتلفه

(قوله: فلو وطئها مكرهة) محترز طائعة التي قدرتها أو التي ذكرت في كلامه (قوله: فلها الفسخ بعده) أي بعد وطئها الذي أكرهت عليه لان وجوده كعدمه، وقوله أيضا: أي كقبل الوطئ (قوله: قال بعضهم الخ) مرتبط بقوله ولا فسخ بعد الوطئ فالاستثناء منه، فكان الاولى تقديمه على قوله ولو وطئها مكرهة.

واستوجه في النهاية القول المذكور وقوله له: أي للزوج وقوله وهي صغيرة: أي والحال أنها صغيرة: أي أو مجنونة.

وقوله بغير مصلحة: متعلق بسلمها والمصلحة كأن كانت تحتاج إلى الانفاق وليس هناك من ينفق عليها فيسلمها له لاجل الانفاق (قوله: فلها الفسخ حينئذ) أي حين إذ سلمها الولي بغير مصلحة وحبست نفسها عنه عقب بلوغها أو عقب إفاقتها من الجنون، وقوله إن عجز عنه: أي عن المهر (قوله: ولو بعد الوطئ) الاولى عدم ذكر هذه الغاية لان الاستثناء من قوله ولا فسخ بعد الوطئ، كما علمت (قوله: لان وجوده) أي الوطئ: وقوله هنا: أي في حالة ما إذا سلمها الولي له بغير مصلحة.

وقوله كعدمه: أي الوطئ (قوله: أما إذا قبضت بعضه) مفهوم قوله لم تقبض منه شيئا (قوله: فلا فسخ لها) أي بعجزه عن بقيته (قوله: على ما أفتى الخ) أي أن عدم الفسخ مبني على ما أفتى به الخ، وهذا هو المعتمد عند ابن حجر.

قال: لان البضع لا يقبل التبعيض فبأداء البعض يدور الامر بين أن يغلب عليه حكم المقبوض أو حكم

---

(١) حاشية إعانة الطالبين، ٤/٥٧

غيره، والاول أولى لتشوف الشارع إلى بقاء النكاح.

اه.

وقوله حكم المقبوض: أي فلا فسخ.

وقوله أو حكم غيره: أي فيثبت الفسخ.

وقال في التحفة: وفارق جواز الفسخ بالفلس بعد قبض بعض الثمن بإمكان التشريك فيه دون البضع.

اه (قوله: وقال البارزي كالجوهري لها الفسخ) أي لانه يلزم على عدم جوازه إجبارها على تسليم نفسها بتسليم بعض الصداق ولو درهما واحدا من صداق هو ألف درهم وهو في غاية البعد، وقوله واعتمده الاذرعي: أي وقال هو الوجه نقلا ومعنى، واعتمد هذا الخطيب في مغنيه أيضا (قوله: يتحقق العجز) أي المثبت للفسخ.

وقوله عما مر: أي من أقل النفقة وأقل الكسوة والمسكن والمهر (قوله: بغيبة ماله) أي الزوج (قوله: لمسافة القصر) خرج غيبته لدون مسافة القصر فلا يتحقق العجز بها لانه في حكم الحاضر فيكلف إحضاره عاجلا (قوله: فلا يلزمها الصبر) أي فلها الفسخ حالا لتضررها بالانتظار الطويل.

قال في شرح الروض: وفرق البغوي بين غيبته موسرا وغيبة ماله بأنه إذا غاب ماله فالعجز من جهته، وإذا غاب هو موسرا فقدرته حاصلة والتعذر من جهتها.

اه (قوله: إلا إن قال أحضر الخ) أي فيلزمها الصبر، وعبارة شرح المنهج: نعم، لو قال أنا أحضره مدة الامهال فالظاهر إجابته ذكره الاذرعي وغيره.

اه.

وقوله مدة الامهال: قال في الجمل أي إمهال المعسرين وهي ثلاثة أيام، فإذا لم يحضره فيها أمهل ثلاثة أخرى، فإذا لم يحضره فيها فسخت ولا يمهل مدة ثالثة.

اه.

شيخنا.

اه.

ثم إن هذا في غير الاعسار بالمهر لانه." (١)

---

(١) حاشية إعانة الطالبين، ١٠٠/٤

"قوله : (حجب نقصان) بيان للواقع أما حجب الحرمان بالشخص فلا يعتريها .

قوله : (وارث) أي كل منهما .

والأولى : وارثان .

قوله : (محجوبين بغيرها) بخلاف المحجوب بالوصف فوجوده كعدمه ، .

ا هـ .

مرحومي .

قوله : (قبل إظهار ابن عباس الخلاف) حيث قال : لا يحجبها إلا جمع ثلاثة فأكثر .

وقد يقال قبلية الظهور لا تكفي بل لا بد من قبلية نفس الخلاف سم ، أي لأن إظهار الخلاف بعد انعقاد الإجماع لا يخرقه .

قوله : (ويشترط أيضا) الصواب إسقاط هذا الشرط ق ل .

هذا غير ظاهر لأن هذا شرط في إرثها الثلث كاملا .

قوله : (من فرض عدد) لا حاجة لذكر " فرض " .

وقوله " أي ذاهبا " تفسير لقوله " صاعدا " لا للعامل المحذوف ، وتقديره : فذهب العدد حال كونه ذاهبا إلخ ، وكان الأولى ذكره .

قوله : (يستوي فيه الذكر وغيره) سيأتي توجيه التسوية في كلام الشارح بأنها عدم العصوبة فيمن أدلوا به ، ومقتضاه أنهم لو أخذوا جميع المال فرضا وردا أنه يسوى بينهم ، ومثلهم في ذلك الأخوال لإدلائهم بقرابة الأم وبه جزم م ر تبعا لشرح الروض ؛ لكن في شرح الفصول أن الأخوال يقسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين فلينظر وجهه .

واعلم أن أولاد الأم يخالفون غيرهم في خمسة أمور : أحدها التسوية بين الذكر والأنثى عند الاجتماع ، الثاني : إرثهم مع وجود من أدلوا به ، الثالث : أنهم يحجبون عند الاجتماع من يدلون به حجب نقصان ، الرابع : أن ذكرهم يدلي بأنثى وهي الأم ويرث ، الخامس : أن ميراث المنفرد السدس ذكرا." (١)

"كما خص فسخ الحج إلى العمرة بالصحابة لمصلحة بيان جوازها في أشهره قال النووي وهذا أقوى الأجوبة وتعقبه ابن دقيق العيد بأن التخصيص لا يثبت إلا بدليل وأجاب آخرون بأن الأمر فيه للإباحة وهو على وجه التنبيه على أن ذلك لا ينفعهم فوجوده كعدمه وكأنه قال اشترطي أو لا تشترطي فذلك لا يفيدهم

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٤١٨/٩

ويؤيد هذا قوله في رواية أيمن الآتية إن شاء الله تعالى في أواخر أبواب المكاتب اشتريها ودعيهم يشترطون ما شاءوا وقيل غير ذلك مما سيأتي إن شاء الله تعالى في محاله بحروفه قوله ف لأنه لم يحصل إلخ ومن ثم لا يصح بيعه من نفسه ولا هبته منها وإن كان عقد عتاقة والولاء له ا هـ ح ل قوله ولا يصح بيعه لمن يعتق عليه إلخ عبارة شرح م ر ومحل صحة العتق حيث كان المشروط عليه يتمكن من الوفاء فلو شرط على المشتري إعتاق قريب من أصل أو فرع لم يصح البيع لتعذر وفائه بالشرط لكونه يعتق عليه قبل إعتاقه وهذا هو المعتمد وإن نظر فيه في المجموع وأبدى الصحة احتمالا ويكون شرطه توكيدا للمعنى قال الأذرعي والظاهر أن شراء من أقر بحريته أو شهد بها أو بيعه بشرط العتق كشراء القريب ويحتمل الفرق بينهما والأوجه الأول انتهت قوله ويكون ذلك توكيدا للمعنى لأن الغرض من شرط العتق حصوله وهو حاصل في ذلك ومن ثم قال بعضهم لو أراد بالإعتاق العتق أي لا الإيتان بالصيغة صح وبه يجمع بين الكلامين ا هـ ح ل قوله وحملها مفعول معه ولا يصح العطف لئلا يتكرر مع قوله أو أحدهما ا هـ شيخنا قوله لجعله الحمل المجهول مبيعا بخلاف بيع الجبة وحشوها أو الجدار وأسه لدخول الحشو في مسمى الجبة والأس في مسمى الجدار بخلاف الحمل ا هـ ز ي قوله أيضا لجعله الحمل إلخ فيلزم من ذكره توزيع الثمن عليهما وهو مجهول وإعطاؤه حكم المعلوم إنما هو عند كونه تابعا لا مقصودا ا هـ شرح م ر قوله أو أحدهما أي دون الآخر أي صرح بذلك في العقد ولذلك قال الشارح أما بيعها دون حملها إلخ قوله فلأنه لا يجوز إفرادها بالعقد." (١)

" لا يزوج أمته التي لا يملك التمتع بها كا قوله وظاهره أنه يزوجها مالك البعض مع واحد مما مر أشار إلى تصحيحه وكتب عليه لأنه يلي نكاح سيدتها قوله قال الرافعي فما ينبغي أن تزول ولايته أشار إلى تصحيحه وكتب أيضا وظاهر نص الأم بقاء ولايته كما قال السبكي وقال ابن السراج ينبغي العمل به وقال الأصبحي في فتاويه الفتوى بصحة نكاح السفيه وجميع تصرفاته ومن قال بغير هذا فقد قال ما لا يعلم وخالف العامة وقد أفتى أكابر أئمتنا بذلك وقال الأذرعي في نكاحه قبل إعادة الحجر وجهان كسائر تصرفاته قوله كانت الولاية للأخ كما حررته في شرح البهجة قال فيه وهو ما قاله العمراني تفقها حيث قال لا أعلم في هذه نصا والذي يقتضيه المذهب أن الولاية للأخ لأن ولاية الولاء فرع ولاية النسب ا هـ لكن نقل القاضي عن النص فيما لو مات المعتق عن ابن صغير وأب أنه لا ولاية للأب فلا يزوج أي وإنما يزوج الحاكم كما اقتضاه كلام القاضي و البغوي والمعتمد الأول فقد نقله القمولي عن العراقيين وصححه السبكي

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥/٥٠٨

وقال البلقيني قد وقعت هذه المسألة واختلف فيها المفتون والظاهر والاحتياط أن الحاكم يزوج لكن فيها نصوص تدل على أن الذي يزوج هو الأبعد وهو الصواب

ا هـ وفي مقابلة الظاهر والاحتياط بالصواب نظر ش وقوله والمعتمد الأول أشار إلى تصحيحه

قوله بل تنتظر الإفاقة جعلوا الإغماء في الوكالة من السوالب من غير فرق بين طول المدة وقصرها وهاهنا انتظروا قال شيخنا ربما يفرق بينهما بأن الوكيل يتعاطى حق غيره والولي حق نفسه فاحتيط في حق الولي ما لم يحتط في حق الوكيل إذ الموكل إما أن يفعل بنفسه وإما أن يوكل غيره فلا ضرر عليه بانعزال الوكيل بخلاف الولي قد لا يوجد من يعتني بدفع العار عن النسب كهو كا قوله وظاهر كلام المصنف كأصله يخالفه أشار إلى تصحيحه قوله ولهذا لو تحمل قبل العمى قبلت فيجوز تولية الأعمى عقود النكاح وإن أفتى ابن العراقي بمنعها قوله والفاسق غير الإمام إلخ إذا قلنا بعدم ولاية الفاسق فهل يعتبر إذنه في غير الكفء أو لا يعتبر ويكون **وجوده كعدمه** قال في المذاكرة عن الفقيه أحمد بن موسى عجيل أنه يعتبر وعن الفقيه إسماعيل الحضرمي أنه لا يعتبر قال الأصبحي وما قاله الفقيه إسماعيل أولى بل قيل برجوع الفقيه أحمد بن موسى عما قاله من اعتبار إذنه قوله تنتقل ولايته إلى الأبعد

". (١)

"كانت دونها في القيمة وقد يكون حرزا لجل الدابة لأنه تابع قوله وإن أدام ملاحظته إلخ المراد من إدامة الملاحظة أن لا يشتغل عنه بنوم ولا غيره والمراد الإدامة المتعارفة فالفترات العارضة أثناء الملاحظة لا تقدح في الإحراز على المشهور للعرف فإذا تغفله فيها فسرق قطع في الأصح وكتب أيضا قال البلقيني مقتضى نصوص الشافعي وكلام أصحابه أن يكتفي بأن ينظر إليه من غير اعتبار القرب قال وشرط الملاحظة كون الملاحظ بحيث يراه السارق حتى يمتنع من السرقة إلا بتغفله فإن كان في موضع لا يراه السارق فلا قطع إذ لا حرز يظهر للسارق حتى يمتنع من السرقة ما ذكره ليس بشرط فقد قال البغوي وغيره والحد أن كل ما لا يناسب المودع إلى التقصير بالوضع عند إطلاق الإيداع فحرز وما ينسب فليس بحرز تنبيه أفهم كلامهم أن سطح الدار ليس بحرز وهو كذلك ذكره ابن الرفعة للاستدلال لمسألة في كتاب الإيمان من الكفاية قال في الأنوار وأصحهما السطح للحطب والقصيل والتبن قوله كمداسه بفتح الميم وحكي كسرها قوله أو خاتمه قال إبراهيم المروذي في تعليقه إلا أن يكون مخلخلا في أصبعه أو كان في الأنملة العليا فلا

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣/١٣١

قطع قوله قال الزركشي تبعا للأذرعي والكلام في متاع يعد التوسد به حرزا له إلخ أشار إلى تصحيحه وكتب وهو مقتضى ما ذكره في الحلي والنقد في الصحن والصفة قال البلقيني ليس ذلك عندنا بمعتمد ولا فرق عندنا في ذلك فجميع ما يوضع تحت رأسه محرز به لأن المدرك في إحرازه أنه إذا جره السارق انتبه النائم وذلك يقتضي الاستواء وفي أصل الروضة أنه لو أخذ الخاتم من أصبع النائم قطع ولم يفرق بين خاتم وخاتم وقد يكون فيه فص يساوي ألفا أو أكثر جمع بينهما بحمل القطع على ما إذا كان بحيث لو أخذ لتنبه غالبا وعدمه على خلافه قوله وينبغي تقييده بشدة تحت الثياب أشار إلى تصحيحه قوله وما ذكره كأصله في الثانية أشار إلى تصحيحه وكتب عليه قد ذكروا مثله فيما لو نحى حافظ الخيمة النائم فيها ثم سرق فالمعتمد فيهما وفيما إذا ألقى النائم على الجمل عنه وأخذه عدم القطع لأنه لا يعد حافظا لما ذكر فهو مضيع لما نام عليه أو فيه

قوله والذي نعتقده القطع بخلافه ضعيف قوله فإن قلت يفرق إلخ الفرق فيهما واضح فإن المال في المقيس عليه محرز دون المقيس فإن صاحبه ضيعه بتقصيره إذ حقه أن لا يحرز شيئا بنومه عليه وقد تبين بعدم شعوره بقلب السارق له عنه أن **وجوده كعدمه** فهو أولى بعدم القطع مما إذا لم يدم الملاحظة المعتادة في الأمكنة المذكورة فالمعتمد ما ذكره الشيخان في هذه المسألة ونظائرها والمعتمد في مسألة الجمل كلام البغوي أيضا قوله لكن قال البغوي في هذه بعدم القطع أيضا أشار إلى تصحيحه قوله قال في الأصل وينبغي أن لا يفرق فيما ذكرنا إلخ أشار إلى تصحيحه قوله وما في الجيب أي الضيق أو الواسع المزرور

". (١)

"التراب لعضو معين يمسحه أي أو يطلق اه قوله: (وثانيها) إلى التنبيه في النهاية والمغني إلا قوله واتحاد النية إلى المتن وقوله فسماه إلى نعم قول المتن (نية استباحة الصلاة الخ) يتردد النظر في نية استباحة مفتقر إلى التيمم من غير تعيين هل يكفي نظير ما مر للشارح في الوضوء أو لا وعلى الاول يأتي فيه من حيث العموم وعدم إرادته ما سيأتي لنا قريبا بصري عبارة البجيرمي على المنهج قوله ونية استباحة مفتقر إليه بأن ينوي هذا الامر العام أو ينوي بعض أفراده كما مر وإذا نوى الامر العام استباح أدنى المراتب وهو ما عدا الصلاة وخطبة الجمعة والطواف لان ما نواه ينزل على أدنى المراتب اه وعبارة شيخنا ويصح أن ينوي النية العامة كأن يقول نويت استباحة مفتقر إلى طهر اه وقال ع ش ينبغي أن يقاله فيه إن كان محدثا حدثا

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ١٤٢/٤

أصغر لم يصح لشمول نيته للمكث في المسجد وقراءة القرآن وكلاهما مباح له فلا تصح نيته كما لو قال في وضوئه نويت استباحة مفتقر إلى طهر وإن كان محدثا حدثا أكبر صحت نيته ونزلت على أقل الدرجات فيستبيح مس المصحف ونحوه اه وقوله كما لو قال في وضوئه الخ هذا مخالف لاطلاقهم بالصحة هنا ك فراجعه قوله: (مما يفتقر الخ) بيان لنحو

الصلاة ع ش قوله: (وسيأتي تفصيل الخ) عبارة المغني والنهاية مما يفتقر استباحته إلى طهارة كطواف وحمل مصحف وسجود تلاوة إذ الكلام الآن في صحة التيمم وأما ما يستباح به فسيأتي اه قوله: (ولو تيمم الخ) ولو نوى الظهر مقصورة عند جوازه فله الاتمام أو عند امتناعه لم يصح تيممه لعصيانه قاله البغوي في فتاويه مغني عبارة النهاية ولو نوى أن يصلي بالتيمم فرض الظهر خمس ركعات أو ثلاثا قال البغوي في فتاويه لم يصح لان أداء الظهر خمس ركعات غير مباح وكذا لو نوى أن يصلي عريانا مع وجود الثياب اه قال ع ش قوله م ر لم يصح معتمد اه قوله: (صح) فلو كان مسافرا وأجنب فيه ونسي وكان يتيمم وقتا ويتوضأ وقتا أعاد صلاة الوضوء فقط لما ذكر نهاية ومغني أي من صحة تيمم المحدث حدثا أصغر بنية الاكبر غلطا وعكسه ع ش قوله: (بخلاف ما لو تعمد) أي كأن نوى استباحة الصلاة عن الاكبر مع علمه أن ليس عليه أكبر وفي شرح الكنل لاستاذ البكري ولو كان عليه حدث أصغر وأكبر ونوى الاستباحة عنهما كفى أو عن أحدهما معينا له دون الآخر فمحل نظر والاوجه أنه إذا نوى الاكبر كفى وإن نفى غيره أو الاصغر لم يحصل له إلا ما نواه انتهى وفي قوله وإن نفى غيره المقتضي لحصول رفع الاصغر مع نفيه نظر ولا يبعد عدم حصوله وقبوله الصرف عنه كما لو دخل المسجد ونوى سنة الظهر دون التحية ولكن في كلام الرافعي ما يفيد أنه مع نية رفع الاكبر يرتفع الاصغر وإن نفاه سم بحذف وقوله أنه مع نية رفع يرتفع الخ تقدم عن ع ش في الغسل الجزم بذلك بلا عزو قوله: (والاستباحة) أي المستباح به قول المتن (لا رفع الحدث) أي أصغر كان أو أكبر نهاية ومغني قوله: (لانه لا يرفع الخ) أي فلا تكفي أنه الخ وشمل كلامه ما لو كان مع التيمم غسل بعض الاعضاء وإن قال بعضهم أنه يرفعه حينئذ نهاية قوله: (لم يبطل) أي التيمم وقوله: (بغيره) أي الحدث قوله: (صليت الخ) أي أصليت كما في رواية ع ش قوله: (مع تيممه) أي عن الجنابة من شدة البرد نهاية قوله: (إفادة الخ) وقد يقال إنما سماه بذلك لان التيمم للبرد لا يسقط معه القضاء فكان **وجوده كعدمه** ع ش قوله: (لغرض الخ) أي أو لفرض فقط أو نوافل فقط مغني قوله: (وأما صحة صلاتهم) أي وإنما لم يأمرهم بالاعادة لانها على التراخي فليس." (١)

---

(١) حواشي الشرواني، ١/٣٥٨

"قوله: (خالصة) الاولى التثنية قوله: (عن قسطه) أي من المال كأن كان ما فيها من الخالص درهمين ونصفا فيجزئ عن مائة يخرج درهمين ونصفا من الخالص عن المائة الباقية وقوله: (يخرج الباقي من الخالص) ينبغي أو من مغشوش يبلغ خالصه قدر الباقي فليتأمل سم.

قوله: (وقول آخرين لا يجزئ لما فيه من تكليف المستحقين الخ) قال في شرح العباب بعد نقله نحو ذلك من تجريد صاحب العباب بل الظاهر ما مر من الاجزاء ولا نسلم أن فيه تكليفهم بما ذكر بل إما أن نجعله متطوعا بالغش نظير ما مر أو نكلفه تمييز غشه ليأخذه ويؤيد الاول قولهم لو علق في الخلع على دراهم فأعطته مغشوشة وقع وملكها ولانظر كما في الروضة إلى الغش

لحقارته في جانب الفضة ويكون تابعا اه أقول إن كالكلام في الاخراج عن الخالص فالوجه أنه لا يلزم المستحق القبول مطلقا سم.

قوله (لما فيه من تكليف المستحقين الخ) قضية الصنيع أنه لا يلتفت إلى التكليف في الاخراج عن المغشوش سم قوله: (بل سوى الخ) عطف على قوله وينبغي الخ قوله: (في إخراجه) أي المالك وقوله: (بينه) أي المغشوش قوله: (وبين الردئ) أي لنحو خشونة إذا أخرجه عن الجيد لنحو نعومة سم.

قوله: (وأن له الخ) عطف تفسير على قوله إخراجه الخقوله: (إلا إذا استهلك) كأن مراده لقلته سم وهذا مبني على أن الاستثناء راجع إلى قول الشارح لم يجزئه الخ وأما إذا رجع إلى قوله وأن له الاسترداد كما هو صريح ما يأتي عن النهاية وغيره فالمراد بالاستهلاك هلاك المخرج المغشوش أو الردئ وتلفه قوله: (فيخرج التفاوت) ويأتي عن الايعاب وغيره بيان معرفة التفاوت.

قوله: (ثم قال) أي في المجموع قوله: (انتهى) أي كلام المجموع قوله: (أن بين عند الدفع الخ) أي وإلا فلا يسترد نهاية ومغني قال الرشيدي قوله وإلا فلا الخ وهل يكون مسقطا للزكاة أو لا يراجع اه والظاهر هو الاول فإن عدم القدرة على الاسترداد كالتلف في يد المستحق فيخرج التفاوت قوله: (أنه عن ذلك المال) أي الخالص الجيد قوله: (وعلى عدم الاجزاء) أي عدم إجزاء المغشوش عن المغشوش الذي هو قول الآخرين وحمله الشارح على ما إذا زادت مؤنة السبك الخ ويحتمل أنه راجع أيضا إلى عدم إجزاء المغشوش عن الخالص الذي ذكره عن المجموع وأقره وهو الاقرب قوله: (في يده) أي الساعي أو المستحق.

قوله: (والتراب الخ) أي يعني وما في تراب المعدن والمغشوش ولو قال والواجب في التراب والمغشوش بصفته الخ كان أولى قوله: (ويكره) إلى المتن في النهاية والمغني إلا قوله وما لا يروج إلى ولا يكره قوله: (ويكره للامام الخ) أي لخبر الصحيحين: من غشنا فليس منا.

فإن علم معيارها أي قدر الغش صحت المعاملة بها معينة وفي الذمة اتفاقا وإن كان مجهولا ففيه أربعة أوجه أصحها الصحة مطلقا ولو كان الغش قليلا بحيث لا يأخذ حظا من الوزن **فوجوده كعدمه** مغني زاد النهاية ويحمل العقد عليها إن غلبت أي في محل العقد اه زاد الايعاب قال الصيمري ولا يجوز بيع بعضها ببعض ولا بخالص إلا إن علم قدر الغش ولم يكن له قيمة ولا أثر في الوزن وبيع الدراهم الخالصة أو المغشوشة بذهب مخلوط بفضة لها قيمة لا يجوز أيضا لانه." (١)

"كلام ابن أبي الدم ومرجع الضمير قوله فالصواب الخ قوله: (وهو الخ) أي القول الذي استصوبه قوله: (فهو) أي الاقرار وقوله مشهود به وعليه باعتبارين محل تأمل قوله: (وقال تعالى وشهد الخ) في الاستشهاد به تأمل قوله: (أو نكاح الخ) عبارة الروض مع شرحه ولو حضر عقد نكاح زعم الموجب أنه ولي للمخطوبة أو وكيل لها وأنها أذنت له في العقد ولم يعلم الاذن ولا الولاية أو الوكالة ولا المرأة أو علم بعض ذلك لم يشهد بالزوجية لكن يشهد أن فلانا قال أنكحت فلانة فلانا وقبل الفلان فإن علم جميع ذلك شهد بالزوجية اه قوله: (عنه) أي عن ابن أبي الدم قوله: (وأشهد به) أي العقد قوله: (حضرته) أي العقد الجاري بينهما أو مجلسه قوله: (ونظرا الخ) يظهر أنه ببناء الفاعل مسند إلى ضمير القمولي قوله: (بأن جزمه به) أي جزم الشاهد بالعقد قوله: (نقله الخ) أي القمولي وقوله عنه أي ابن أبي الدم قوله: (ومر) أي في الصيام قوله: (لحق الله الخ) الانسب الباء كما في بعض النسخ قوله: (لم يلتفت لقوله) أي فيشهد بذلك قوله: (مطلقا) أي في حق لله أو لغيره قوله: (في الشهادة) أي أدائها قوله: (أي الاسم والنسب) إلى قوله ولو شهد على امرأة في المغني إلا قوله واعتمده الزركشي إلى المتن وقوله كما مر وقوله بشرط إلى أما لا للاداء وما أنبه عليه وإلى قول المتن وموت في النهاية إلا ذلك وقوله وفيه بسط إلى أما لا للاداء وقوله قال الرافعي وقوله وإلا أشار وقوله وإن نازع فيه البلقيني وأطال.

قوله: (أو أحدهما) ينبغي ما لم يكن متميزا بدونه سم قوله: (أحضر قبل الدفن الخ) إن لم يترتب على ذلك نقل محرم ولا تغير له أما بعد دفنه فلا يحضر وإن أمن تغيره واشتدت الحاجه لحضوره خلافا للغزالي نهاية عبارة المغني نوهذا كما قاله الاذرعي إن كان بالبلد ولم يخش تغيره بإحضاره وإلا فالوجه حضور الشاهد إليه فإن دفن لم يحضر إذ لا يجوز نبشه قال الغزالي فإن اشتدت الحاجة إليه ولم تتغير صورته جاز نبشه اه قال في أصل الروضة وهذا احتمال ذكره الامام ثم قاوالاظهر أنه لا فرق اه قوله: (قال الغزالي الخ) خلافا للنهاية والمغني كما مر آنفا وللروض والمنهج قوله: (بنون ثم تاء الخ) عبارة المغني وضبط المصنف متنقبة بمثناة

---

(١) حواشي الشرواني، ٣/٢٦٧

فوقية ثم نون مفتوحتين ثم قاف مكسورة شديدة وفي بعض شروح المتن ضبطه بنون ساكنة ثم مثناة فوقية مفتوحة ثم قاف مكسورة خفيفة وجرى على ذلك الشارح فقال بنون ثم تاء كما في الصحاح اه قوله: (للاداء الخ) سيذكر محترزه قوله: (ولا أثر لحائل رقيق) أي في صحة تحمل الشهادة عليها لان **وجوده كعدمه** حيث لم

يمنع معرفة صورتها ع ش قوله: (كما مر) أي في شرح وإبصار قاتلها قوله: (فتعلق بها) لعل المراد بالتعلق بها هنا ملازمتها رشيدي قوله: (بشرط أن يكشف نقابها الخ) هذا شرط للعمل بالشهادة كما لا يخفى رشيدي قوله: (قال جمع ولا ينعقد الخ) إذا رأى الشاهدان وجهها عند العقد صح وإن لم يره القاضي العاقد لانه ليس بحاكم بالنكاح ولا شاهد كما لو زوج ولي النسب موليته التي لم يرها قط بل لا يشترط رؤية الشاهدين وجهها في انعقاد النكاح كما مال إليه كلام الشارح في باب النكاح خلاف ما نقله هنا عن الجمع المذكور سم قوله: (كأن تحملا الخ) أي ثم شهدا بذلك مغني قوله: (جاز) جواب أما فكان ينبغي زيادة الفاء قوله: (وثبت الحق." (١)

"(قوله : مما تفتقر) بيان لنحوها (قوله لأن موجبهما) بفتح الجيم : أي وهو مسح الوجه واليدين (قوله : لما ذكر) أي من صحة تيمم المحدث حدثا أصغر بنية الأكبر غلطا وعكسه وقد ألغز السيوطي بذلك فقال : أليس عجيبا أن شخصا مسافرا إلى غير عصيان تباح له الرخص إذا ما توضأ للصلاة أعادها وليس معيدا للتي بالتراب خص لقد كان هذا للجنابة قد نسي وصلى مرارا بالوضوء أتى بنص كذاك مرارا بالتيمم يا فتى عليك بكتب العلم يا خير من فحص قضاء صلاة بالوضوء فواجب وليس معيدا للتي بالتراب خص لأن مقام الغسل قام تيمم خلاف وضوء هاك فرقا به تخص وذا نظم عبد الله وهو ابن أحمد فيا رب سلمه من الهم والغصص (قوله : صليت) الذي تقدم أصليت (قوله : وأنت جنب) قال حج : سماه جنبا مع تيممه إفادة لعدم رفعه .

وقد يقال : يجوز أنه إنما سماه بذلك لأن التيمم للبرد لا يسقط معه القضاء فكان **وجوده كعدمه** (قوله : خاص المتعلق) أي خاص متعلقه فهو من إضافة الوصف إلى فاعله (قوله رفع الحدث) وهو المنع المتعلق بفرض ونوافل أو نوافل فقط (قوله : فرض التيمم) أي أو التيمم فقط م ر سم على منهج (قوله لم يكف في الأصح) .." (٢)

---

(١) حواشي الشرواني، ١٠/٢٦١

(٢) حاشية الشبراملسي، ٣/٤١٨

"أو غيره فلا خيرة له في الصعود ؛ لأن واجبه معيب ، والجبران للتفاوت بين السليمين وهو فوق التفاوت بين المعيبين ، ومقصود الزكاة إفادة المستحقين لا الاستفادة منهم ، فلو رأى الساعي مصلحة في ذلك فالأوجه المنع أيضا لعموم كلامهم ، ومقتضى التعليل السابق خلافا للإسنوي ، ولو أراد العدول إلى سليمة مع أخذ الجبران جاز كما اقتضاه التعليل المار وهو ظاهر ، أما هبوطه مع إعطاء الجبران فجائز لتبرعه بالزيادة (وله صعود درجتين وأخذ جبرانين) كما لو وجب عليه بنت لبون فصعد إلى الجذعة عند فقد ما سيأتي (و) له (نزول درجتين مع) دفع (جبرانين) كما إذا أعطى بدل الحقة بنت مخاض ، وإنما يجوز له ذلك (بشرط تعذر درجة في) جهة صعوده أو نزوله في (الأصح) فلا يصعد عن بنت مخاض إلى الحقة ، ولا ينزل من الحقة إلى بنت المخاض إلا عند تعذر بنت اللبون لإمكان الاستغناء عن الجبران الزائد فأشبه ما لو صعد أو نزل مع إمكان أداء الواجب .

والثاني يجوز ؛ لأن الموجود الأقرب ليس واجبه **فوجوده كعدمه** .." [1]

"قال الأذرعي : يخرج من هذا مسألة حسنة تعم بها البلوى ، وهي أن أمراء الحجيج في هذه الأعصار يبيتون بمعظم الحجيج بمنى الليلة الثالثة من التشريق ثم ينفرون غالبا بكرة الثالث ويدعون الرمي بعد الزوال ، فلا يمكن التخلف عنهم خوفا على النفس والمال والانقطاع ، ولو نفر قبل الغروب ثم عاد إلى منى لحاجة كزيارة فغربت أو غربت فعاد كما فهم بالأولى فله النفر وسقط عنه المبيت والرمي ، بل لو بات هذا متبرعا سقط عنه الرمي لحصول الرخصة له بالرمي ، ولو عاد للمبيت والرمي فوجهان : أحدهما يلزمه ؛ لأنا جعلنا عوده لذلك بمنزلة من لم يخرج من منى ، والثاني لا يلزمه ؛ لأنا نجعله كالمستديم للفراق ونجعل **وجوده كعدمه** فلا يجب عليه الرمي ولا المبيت .

ويجب دم بترك مبيت منى لتركه المبيت الواجب كنظيره في ترك مبيت مزدلفة ، وفي ترك مبيت ليلة من منى مد ، وليلتين مدان من الطعام ، وفي ترك الثلاث مع ليلة

ـــ." [2]

"قال : والصواب في كلتا المسألتين ذكر وجهين أصحهما اعتبار ما ظهر وجزم به ابن المقري في المعيب وهو الأوجه ، وقياس ما قالوه في حط بعض الثمن من الفرق بين ما قبل اللزوم وبعده أن يقال بنظيره هنا من أن البائع إن رضي برديء أو معيب قبل اللزوم لزم لمشتر الرضا بهما من الشفيع أو بعده فلا ،

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٦١/١٢

(٢) حاشية الشبراملسى، ٢٨٩/١٤

وحينئذ فيحتمل التزام ذلك لأن منة البائع ومسامحته موجودة فيهما ، إلا أن يفرق بأن الرديء والمعيب غير ما وقع به العقد بالكلية ، بخلاف الثمن فإنه وقع به العقد فسرى ما وقع فيه إلى الشفيع ، هذا والأوجه الفرق بين المعيب والرديء ، إذ ضرر الرداءة أكثر من المعيب ، إذ لا يلزم من عيبه

رداءته (وإلا) بأن اشترى بثمن في ذمته ودفع عما فيها فخرج المدفوع مستحقا (أبدل) المدفوع (وبقيا) أي المبيع والشفعة لأن إعطاءه عما في الذمة لم يقع الموقع فكان وجوده كعدمه ، وللبائع استرداد الشقص إن لم يكن تبرع بتسليمه وحبسه إلى قبض الثمن (وإن) (دفع الشفيع مستحقا) أو نحو نحاس (لم تبطل شفعته إن جهل) لعذره (وكذا إن علم في الأصح) لعدم تقصيره في الطلب ، والشفعة لا تستحق بمال معين حتى تبطل باستحقاقه .." [1]

"للذكر مثل حظ الأنثيين.

٢ - إذا كان معهم الزوج فالمسألة من اثني عشر: للأب السدس اثنان، وللأم السدس اثنان، وللزوج الربع ثلاثة، والباقي للابن والبنت تعصيبا، للذكر مثل حظ الأنثيين.

- أقسام الحجب:

ينقسم الحجب إلى قسمين:

حجب بالوصف .. وحجب بالشخص.

١ - الحجب بالوصف: هو أن يتصف الوارث بمانع من موانع الإرث، وهو الرق، أو القتل، أو اختلاف الدين.

وهو يدخل على جميع الورثة، فمن اتصف بأحد هذه الأوصاف لم يرث، ووجوده كعدمه.

٢ - الحجب بالشخص: هو أن يكون بعض الورثة محجوبا بشخص آخر.

وهذا هو المراد هنا.

- أقسام الحجب بالشخص:

ينقسم الحجب بالشخص إلى قسمين:

حجب نقصان .. وحجب حرمان.

١ - حجب النقصان: وهو منع الشخص الوارث من أوفر حظيه.

---

(١) حاشية الشبراملسي، ٢٧٢/٢٣

بأن ينقص ميراث المحجوب بسبب الحاجب، وهو يأتي على جميع الورثة.

وينقسم حجب النقصان إلى قسمين:

الأول: حجب نقصان سببه الانتقال، وهو أربعة أنواع:." (١)

"أقسام الحجب

- ينقسم الحجب إلى قسمين:

١ - الحجب بالوصف:

وهو أن يتصف الوارث بمانع من موانع الإرث، وهو الرق، أو القتل، أو اختلاف الدين، وهو يدخل على جميع الورثة، فمن اتصف بأحد هذه الأوصاف لم يرث، **ووجوده كعدمه.**

٢ - الحجب بالشخص:

-وهو المراد هنا- وهو أن يكون بعض الورثة محجوبا بشخص آخر.

وهذا القسم ينقسم إلى قسمين:

حجب نقصان، وحجب حرمان، وبيانها كما يلي:

١ - حجب النقصان:

وهو منع الشخص الوارث أوفر حظيه، بأن ينقص ميراث المحجوب بسبب الحاجب، وهو يأتي على جميع الورثة.

وينقسم حجب النقصان إلى قسمين:

الأول: حجب نقصان سببه الانتقال، وهو أربعة أنواع:

١ - أن ينتقل المحجوب من فرض إلى فرض أقل منه، وهم خمسة: الزوجان، الأم، بنت الابن، الأخت لأب، كانتقال الزوج من النصف إلى الربع مثلا.

٢ - أن ينتقل من تعصيب إلى فرض أقل منه، وهذا في حق الأب والجد فقط.

٣ - أن ينتقل من فرض إلى تعصيب أقل منه، وهذا في حق ذوات النصف: البنت، وبنت الابن، والأخت الشقيقة، والأخت لأب إذا كان مع كل واحدة أخوها.

---

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، التويجري، محمد بن إبراهيم ٤/٤١٧

٤ – أن ينتقل من تعصيب إلى تعصيب أقل منه، وهذا يكون في حق العصبة مع الغير، فللأخت الشقيقة أو لأب مع البنت أو بنت الابن الباقي وهو النصف، ولو كان." (١)

"ان من احصر وقد اشترط فإنه يصير حلالا والأمر مفوض اليه إن شاء حج مع زوال عذره وإن شاء ترك وحج في عام آخر وهكذا من لم يشترط وبعث بالهدي فإنه بعد بعثه بالهدى باختيار نفسه إذا زال عذره ولا قضاء عليه إذا لم يحج بل الفرض باق عليه متى استطاع وجب عليه الاتيان به فهذا حاصل ما ينبغي اعتماده في هذا البحث ولم يرد ما يخالفه الا مالا تقوم به الحجة ومالا تقوم به الحجة **وجوده كعدمه**.

[فصل

ومن لزمه الحج لزمه الايصاء به فيقع عنه والا فلا وإنما ينفذ من الثلث الا ان يجهل زيادة الوصي المعين فكله وإن علم الاجير وإذا عين زمانا أو مكانا أو نوعا أو مالا أو شخصا تعين وإن اختلف حكم المخالفة الا فالأفراد ومن الوطن أو ما في حكمه وفي البقية حسب الامكان] .

قوله: "فصل ومن لزمه الحج لزمه الايصاء به".

أقول: لم يكن في هذا دليل يصلح للتمسك به بل من لزمه الحج ووجد السبيل اليه وجب عليه تأديته لقوله عز وجل: ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا﴾ [آل عمران: ٩٧] ، فإن لم يفعل فقد باء بالإثم ولم يسمع في أيام النبوة ان رجلا أوصى بان يحج عنه بعدموته استدراكا لما فاته من فريضة الحج ولا ثبت عنه صلى الله عليه وسلم شيء في الوصية بالحج بل ثبت عنه حج الولد عن أبيه وأمه وحج الاخ عن اخيه وابن عمه وقريبه وقد قدمنا الكلام على هذا والاصل في العبادات البدنية انها لاتصح الا ممن وجبت عليه ولا تصح من غيره الا بدليل وقد دل الدليل في الحج على ما ذكرنا فيقتصر عليه وكذلك ورد في الصوم: "من مات وعليه صوم صام عنه وليه" كما قدمنا فيقتصر على ذلك وما عدا ما ورد به الدليل فالأصل المنع ولم يات من قال بأن الوصية مسوغة لحج غير الموصى عنه بما يصلح للاحتجاج به وأما عموم قوله صلى الله عليه وسلم: "فدين الله احق ان يقضي" فمعناه صحيح وان من فاته شيء من العبادات فعليه القضاء.

وأما كونه يصح ان يقضيه عنه غيره فمتوقف على ورود الدليل بذلك فما ورد به الدليل صح ومالا فلا ولا سيما مع ما ثبت من قوله سبحانه: ﴿وأن ليس للإنسان إلا ما سعى﴾ [النجم: ٣٩] ، وقوله: ﴿لتجزى كل

---

(١) مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، التويجري، محمد بن إبراهيم ص/٩٠٣

نفس بما تسعى﴾ [طه: ١٥] ، وقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا مات ابن آدم انقطع عنه كل شيء الا صدقة جارية أو علم ينفع به أو ولد صالح يدعو له". [مسلم "١٦٣١"، الترمذي "١٣٧٦"، النسائي "٢٥١/٦"، أحمد ٣٧٢/٢"، أ [وداود "٢٨٨٠"] .

فالحاصل ان المتعين الوقوف على موارد النصف في كل شيء يقال إنه يلحق الميت ويناله ثوابه أو يسقط عنه فرضا من فرائض الله عليه وقد اطلنا البحث في هذا في شرحنا للمنتقى." (١)

"وأما كونها تقام عند المكتوب اليه وفي الموقوف عند العقد فلكون هذين المقامين هما اللذان ينجز عندهما النكاح ولا يضر توقف الموقوف على شيء آخر وهو الاجازة.

وقوله: "الثالث رضاء المكلفة" الخ

أقول: قد دلت الاحاديث الصحيحة على انه لا يتم نكاح الا برضا المنكوحة كما في حديث أبي هريرة في الصحيحين [البخاري "١٩١/٩"] ، وغيرهما [أبو داود "٢٠٩٢"، الترمذي "١١٠٧"، النسائي "٨٥/٦"، ابنن ماجة "١٨٧١"، أحمد "٢/٢٥٠، ٢٧٩، ٤٢٥، ٤٣٤، ٤٧٥"] ، قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تسأذن"، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: "أن تسكت"، وفي مسلم وغيره من حديث عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الثيت احق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"، وأخرج البخاري "١٩٤/٩"، وغيره أبو داود "٢١٠١"، النسائي "٨٦/٦"، ابن ماجة"١٨٧٠"] ، عن خنساء بنت خدام الأنصارية ان أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فاتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها والاحاديث في هذا الباب كثيرة وهي تفيد انه لا يصح نكاح من لم ترض بكرا كانت أو ثيبا.

قوله: "الرابع تعيينها" الخ.

أقول: هذا أمر لا بد منه ولولا ذلك لم يكن العقد على شيء يعقد ولا يسمى عقدا أو لا تثبت له أحكامه ويكون التعيين مما يفيد ذلك من ذكر اسم المنكوحة أو نسبها أو وصفها أو الاشارة اليها أوسبق التواطؤ عليها. وإذا تنافى التعريفان كان العمل على الاقوى منهما كما قال المصنف الا ان يعرف بقرينة حال أو مقال ان مطلوب الزوج هو ما تضمنه التعريف الاضعف فإن ذلك اليه ولا اعتبار بمجردا لالفاظ ونحوها إذا خالفت ما في النفس.

قوله: "ويصح موقوفا حقيقة أو مجازا".

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٣٤٤

أقول: العقد مثلا إذا وقع من الولي فزوج الخاطب ولم يكن قد وقع الرضا من المرأة فهذا عقد في الصورة إن أجازته كان عقدا صحيحا يستباح به وطؤها وإن لم تجزه كان **وجوده كعدمه** وهكذا إذا زوج الخاطب غير الولي.

والمراد من صحة كونه موقوفا على الاجازة انه لا يحتاج عندالاجازة إلي تجديد عقد آخر بل يكفي مجرد وقوعها وكان الظاهر ان العقدا لواقع بغير رضاء المرأة أو من دون ولي باطل لا حكم له ولا ينعقد من اصله وانه لا بد من عقدآخر عند رضاء المرأة أو عقد آخر من الولي ولكنه ثبت ما قدمناه عند البخاري وغيره من حديث خنساء بنت خدام الانصارية ان أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها فإن قوله فرد نكاحها يدل على ان العقد الذي قد كان وقع يسمى نكاحا وأنها لو رضيت به لم يحتج إلي تجديد.

ومن ذلك ما أخرجه أحمد "١٥٥/٤"، وابو دأود "٢٠٩٦"، وابن ماجه "١٨٧٥"،." [1]

"العود فصحيح كما صرح به الكتاب العزيز قال الله عز وجل: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾ [المجادلة: ٣] ، واختلفوا هل العلة في وجوبها العود أو الظهار بعد اتفاقهم على انها تجب الكفارة بعد العود؟.

فذهب قوم إلي الأول وذهب آخرون إلي الثاني وذهبت طائفة ثالثة إلي ان العلة مجموع العود والظهار ثم اختلفوا في العود ما هو فقيل إنه أرادة المس لما حرم بالظهار وقيل بل هو إمساكها بعد الظهار وقتا يسع الظهار ولم يطلق وقيل هو العزم على الوطء فقط وإن لم يطأ وقيل هو الوطء نفسه وقيل إعادة لفظ الظهار.

والظاهر ان المراد به العود من الحالة التي هو فيها وهي التحريم بالظهار إلي الحالة التي كان عليها وهو كون الوطء حلالا بموجب عقد النكاح وهذا هو الذي تقتضيه اللغة وتنطبق عليه الأدلة كما لا يخفى فإنه إذا عزم الرجل على شيء فقال إنه قد عاد عما عزم عليه كان المفهوم من هذا العود هو الرجوع من العزم على ذلك الشيء إلي عدم العزم عليه فالعائد هو هذا.

قوله: "ولا يهدمه الا الكفارة".

أقول: هذا صحيح وهو الذي ذكره الله سبحانه وجاءت به السنة المطهرة ومن قال إنه يهدمه غير الكفارة فهو إنما نظر إلي أنه قد حصل موجب للتحريم أما مطلقا أو مقيدا وليس الكلام في هذا إنما الكلام في الشيء الذي يصير به منهدما حتى يكون **وجوده كعدمه**.

وأما مثل الطلاق ونحوه مما تحصل به الفرقة فذلك لا يوجب رفع ما كان قد اقترفه من أمر الموجب لما

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٣٦٤

أوجبه الله من الكفارة عند ان يريد عودها إلي نكاحه.

قوله: "وهي عتق" الخ.

أقول: التقييد لإجزاء الصوم بعدم وجود رقبة يعتقها ثم تقييد إجزاء الاطعام بعدم الاستطاعة للصوم هو الذي صرح به الكتاب العزيز وصرحت به السنة المطهرة في مظاهرة أوس بن الصامت لزوجته خولة بنت مالك بن ثعلبة.

وأما قوله: "لم يطأ فيهما" فهو أمر مجمع عليه كما حكاه ابن القيم وغيره فإنه قال لا خلاف في تحريم وطئها في زمن الصوم ليلا ونهارا.

وأما اشتراط ان يكون الصوم متتابعا فلذكر التتابع في الكتاب العزيز والسنة المطهرة وظاهر ذلك ان من لم يتابع لم يفعل ما أمر الله سبحانه ولا صام الصوم الذي شرعه الله فيستأنف وأما إذا كان ترك التتابع لعذر مسوغ فذلك لتقييد ما أوجبه الله سبحانه بالاستطاعة وهذا لم يستطع فلا يجب عليه الاستئناف.

وأما قوله: "فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا" فهذا هو الذي صرح به القرآن والسنة وأما قوله: "أو تمليكهم كاليمين" فمراده ان يدفع اليهم ما يأكلونه وذلك هو إطعام إذ لا فرق في صدق مسمى الاطعام بين ان يهيء لهم طعأما يأكلونه أو يدفع إلي كل واحد من الطعام ما يأكله وقد ورد في الروايات أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر"، كما." (١)

"قوله: "وأرض مكة".

أقول: أعلم أن الأصل في كل شيء أنه يجوز للمالك أن يتصرف فيه بما شاء من أنواع التصرفات كما يفيده قوله عز وجل: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا﴾ [البقرة: ٢٩] ، وإذا كانت هذه الأعيان المخلوقة الموجودة في الأرض لنفع الناس جاز لهم تملكها والتصرف فيها كيف شاؤا حتى يقوم الدليل الصحيح الناقل عن حكم الأصل فيجب الرجوع إليه والعمل به ولم يستدل المانعون من بيع أرض مكة إلا بقوله عز وجل: ﴿سواء العاكف فيه والباد﴾ [الحج: ٢٥] ، وهذه الآية محتملة لأمرين أحدهما أن يراد المسجد فلا يكون فيها دليل للمستدل والأمر الثاني أن يراد ما هو أعم من ذلك والمحتمل لا يصلح الاستدلال به ولا تقوم به الحجة لا سيما مع قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح المتفق عليه [البخاري "١٥٨٨، ٢٠٥٨، ٤٢٨٢"، مسلم "٤٣٩، ١٣٥١/٤٤٠"] ، أن أسامة بن زيد قال للنبي صلى الله عليه وسلم أين تنزل غدا يا رسول الله؟ فقال: "وهل ترك لنا عقيل من رباع" فلو كان البيع باطلا لأبطله

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٤٤٥

صلى الله عليه وسلم ولم ينفذه.

والحاصل أن البيع هو الذى كان عليه عمل أهل الجاهلية ثم عمل عليه أهل الإسلام بعدهم حتى قيل إن الجواز أمر مجمع عليه بين الصحابة لا يختلفون فيه فالقائلون بعدم الجواز إن جاؤا بدليل ينتهض للاحتجاج ويخلص عن شائبة الاحتمال فذاك ولكنهم لم يأتوا بشيء وأما ما يروى من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع رباع مكة وعن إجارتها فعلى المستدل به أن يصححه وإلا كان **وجوده كعدمه** ومع ما ذكرنا مع أن البيع كان عليه عمل أهل الجاهلية الذي ثبت عنه صلى الله عليه وسلم تقريره وعدم إنكاره وعمل الصحابة رضي الله عنهم في عصره صلى الله عليه وسلم وبعد عصره فهو أيضا الذي عليه العمل من أهل الإسلام قرنا بعد قرن وعصرا بعد عصر فكيف يقبل في مثل هذا الأمر ما لا تقوم به الحجة ولا ينتهض لمعارضته ما هو دون ذلك بمسافات.

قوله: "وما لا نفع فيه مطلقا".

أقول: هذا قد أغنى عنه ما تقدم من قوله وبيع كل ذي نفع حلال جائز ولكنه أراد هنا أن يستوفي بيان ما لا يجوز بيعه مع أنه أخل بأشياء كثيرة وردت بالمنع من بيعها الأدلة الصحيحة ثم وجه عدم جواز بيع ما لا نفع فيه مطلقا هو كونه من أكل أموال الناس بالباطل ومن إضاعة المال وقد ورد النهي عن الأول في الكتاب العزيز وورد النهي عن الثاني في الأحاديث الصحيحة والاعتبار بالغالب فإن كان الغالب من الناس لا ينتفع بتلك العين لم يبعها فإن قلت قد تدعو حاجة البائع إلي البيع وحاجة المشتري إلي الشراء في الشيء الذى لا نفع فيه عند غالب الناس؟ قلت: قد صار بهذه الحاجة إلي بيعه وشرائه ذا نفع فيجوز بيعه وليس في هذا من الدور الذى زعمه الجلال في شرحه شيء لأن جواز البيع ترتب على الحاجة ولم تترتب الحاجة على جواز البيع وهكذا ترتب عدم جواز بيعه على عدم نفعه ولم يترتب عدم نفعه على عدم جواز بيعه ومعلوم أن الدور هو عدم تناهي التوقفات في أمور متناهية وأين هذا منها.." (١)

"تدخل الفوائد ولو متصلة ولا يتعلق حق بفضولي غالبا وتلحق آخر العقدين وينفذ في نصيب العاقد شريكا غالبا] .

قوله: "فصل وعقد غير ذي الولاية" الخ.

أقول: البائع لمال غيره بغير إذنه لا يسمى بيعه شرعيا ولا هو البيع الذي أذن الله به بقوله: ﴿تجارة عن تراض﴾ [النساء: ٢٩] ، بل هو واقع على صورة تدخل تحت قوله سبحانه: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٤٩٣

بالباطل﴾ [البقرة: ١٨٨] ، فإذا وقعت الإجازة له كانت هي على ما قد عرفناك أنه التراضي وطيبة النفس وأنه لا يعتبر غير ذلك وأما الاستدلال بشراء عروة البارقي فمن وضع الدليل في غير موضعه فإن مأذون بالشراء وقد فعل وزاد خيرا وأما ما نحن بصدده فلا إذن فيه من المالك أصلا وغاية ما يدل عليه حديث عروة أنه يجوز للوكيل المأذون أن يطلب ما فيه مصلحة إذا كان يعرف أن المالك يرضى بذلك ومعلوم أن كل عاقل يرضى بمثل هذا العمل الواقع من عروة ويطلبه إن أمكن لأنه أرجع الثمن وجاءه بالمطلوب مع كونه مأذونا له في الجملة وبهذا تعرف أن عقد الفضولي لا يصح من أصله لأن رضاه ليس هو الرضا المعتبر في قوله: ﴿تجارة عن تراض﴾ [النساء: ٢٩] ، فكان فعله كالعدم ووقوع البيع عند حصول الرضا من المالك المدلول عليه بالأجازة وقد قدمنا لك أنه لا يعتبر شيء من تلك الألفاظ التي جعلوها شروطا للبيع.

وأما قوله: "ولو فاسدا أو قصد البائع عن نفسه" فمن التصلب في التفريع على ما هو باطل من أصله ومردود من أوله وأما قوله مع بقاء المتعاقدين والعقد فلا يخفاك أنه لا عقد ولا متعاقدين بل البيع لم يحصل بشيء مما وقع بغير إذن المالك لعدم وجود الرضا المعتبر في تلك الحالة وعند وجوده بالإجازة هو البيع الشرعي.

وأما قوله: "بإجازة من هى له حال العقد" فقد عرفناك أن هذه الإجازة هى العقد الشرعي الذي جاء به القرآن ولا حكم لشيء مما تقدمها لوقوعه على غير ما أعتبره الشرع وهذا الكلام الذي قررناه وإن كانت أذهان المقلدين تنبو عنه فهو الحق الذي لا شك فيه ولا شبهة فإذا وقع من البائع لفظ أو فعل يشعر بالرضا فقد وقع منه البيع الشرعي فإن وقع الرضا بذلك من المشتري فقد وقع منه الشراء الشرعي وأما قوله وإن جهل حكمه فلا وجه له بل لا بد أن يعلم أن قوله هذا وفعله هو الذي يخرج له المبيع عن ملكه بذلك الثمن الذي وقع التراضي عليه وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل وهكذا.

قوله: "لا تقدم العقد" لا وجه له بل مجرد وقوع المشعر بالرضا منه هو البيع الشرعي والعقد المتقدم وجوده كعدمه سواء علمه أو جهله وأما قوله ويخير لغبن فاحش جهله قبلها فقد عرفناك أن البيع الشرعي هو الإجازة فلا بد أن يعلم بمقدار الثمن عندها حتى تكون تجارة عن تراض وأما ما ذكره من عدم دخول الفوائد للمالك ولو يقع منه البيع ولا حكم لعقد الفضولي ولا يؤثر في خروج الفوائد ولا في دخولها وقد حكم النبي صلى الله عليه وسلم كما في الصحيحين." [١]

"يتطوع صاحب الشاة أو الإبل بالمنيحة وهي عطية اللبن دون الرقبة قال الجوهري في الصحاح العرية هي النخلة التى يعريها صاحبها رجلا محتاجا بأن يجعل له ثمرها عأما من عراه إذا قصده انتهى فرخص

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٤٩٩

صلى الله عليه وسلم لمن لا نخل لهم أن يشتروا الرطب على النخل بخرصها تمرا كما وقع في الصحيحين [البخاري "٣٨٧/٤، مسلم "١٥٤٠/٦٧"، وغيرهما أبو داود "٣٦٦٣"، الترمذي"١٣٠٣"، النسائي "٢٦٨/٧"، من حديث سهل بن أبي حثمة وكذا في البخاري وغيره من حديث زيد بن ثابت وفي لفظ في الصحيحين [البخاري "٣٧٧/٤، مسلم "١٥٣٩/٦١"] ، من حديثه: "رخص في العرية يأخذها أهل البيت بخرصها تمرا يأكلونها رطبا"، وفي لفظ لهما من حديثه: "ولم يرخص في غير ذلك" فهذا جائز والذي أخبرنا بتحريم الربا ومنعنا من المزابنة هو الذي رخص لنا في العرايا والكل حق وشريعة واضحة وسنة قائمة ومن منع من ذلك فقد تعرض لرد الخاص بالعلم ولرد الرخصة بالعزيمة ولرد السنة بمجرد الرأي وهكذا من منع من البيع وجوز الهبة كما روى عن أبي حنيفة ولكن هذه الرخصة مقيدة بأن يكون الشراء بالوسق والوسقين والثلاثة والأربعة كما وقع في حديث جابر عند الشافعي وأحمد وصححه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم فلا يجوز الشراء بزيادة على ذلك.

قوله: "وتلقي الجلوبة".

أقول: لنهيه صلى الله عليه وسلم عن ذلك كما ثبت في الصحيحين [البخاري"٣٧٣/٤"، مسلم "٥١٨/١٥" [، وغيرهما [أحمد "٤٣٠/١"، ابن ماجة "٢١٨٠"، الترمذي "١٢٢٠"] ، من حديث ابن مسعود نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي البيوع وفي لفظ من حديث أبي هريرة عند مسلم وغيره: نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يتلقى الجلب فإن تلقاه إنسان فابتاعه فصاحب السلعة بالخيار إذا ورد السوق والنهي ثابت في الصحيحين أيضا من حديث ابن عمر وابن عباس وقد اختلف أهل العلم هل هذا البيع صحيح أم باطل واستدل من قال بأنه صحيح بإثبات الخيار المذكور في الحديث فإنه يدل على انعقاد البيع وقالوا أيضا النهي هنا لأمر خارج لا لعين البيع ولا لوصفه ونقول هذا التلقي حرمه الشارع على فاعله بنهيه الثابت بلا خلاف فمن زعم أن ما ترتب على هذا الحرام صحيح فقد خالف مقاصد الشرع بمجرد رأي حرره أهل الأصول لا يستند إلي ما تقوم به الحجة وأما إثبات الخيار فهو دليل على أن هذا البيع موكول إلي اختيار صاحبه إن أمضاه مضى وإن لم يمضه **فوجوده كعدمه** فهو حجة عليهم لا لهم لأن هذا الإمضاء هو الذي وقع به التجارة عن تراض وما تقدم منه من الرضا فقد أبطله انكشاف الأمر على غير ما وقع من تغرير المتلقي وليس المراد بقوله سبحانه: ﴿تجارة عن تراض﴾ [النساء: ٢٩] ، مثل هذا الرضا

الناشيء عن التغرير والتلبيس بل الرضا المحقق بلا تغرير وطيبة النفس الصحيحة.

قوله: "واحتكار قوت الآدمي والبهيمة".." [١]

"يرض المالك إلا بما هو المعتاد في الأعيان والأثمان وإذا قال الصبي بعد تكليفه أو المجنون بعد صحته إنه مغبون كان على القاضي أن يأمر العدول بتقويم العين المبيعة وقت بيعها فإن تقرر الغبن ثبت الخيار لأنه انكشف بالغبن أن الولي لم يتصرف بالعدل كما قال الله سبحانه فلا حكم لتصرفه ولا للرضا الواقع منه فلا بد من حصول الرضا منهما عند زوال المانع من الصغر والجنون ولا بد أن يكون هذا الغبن مما لم تجر للناس عادة باختصار مثله والتسأهل في المعاملات به فهذا هو الغبن الفاحش وذلك يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص ولا وجه لتقديره بمقدار معين ولا لحده بحد معلوم.

قوله: "وبكونه موقوفا".

أقول: قد عرفناك فيما سبق أن عقد الفضولي لا حكم له ولا اعتبار به بل إن أجازه المالك كان البيع الشرعي بها لأن التراضي المعتبر لم يحصل إلا عندها وإن لم يجزه كان **وجوده كعدمه** فليس هذا من بيع الخيار في شيء فلا فائدة لقوله وهما على تراخ ولا يورثان لأنه إذا لم يوجد الأصل وهو الخيار لم يوجد ما هو فرع له ومترتب عليه.

وأما قوله: "وللرؤية والشرط والعيب" فما أراد المصنف بذكر هذه الثلاثة على هذه الصفة إلا تكميل عدد ما أفتتح به الباب من الخيارات وسنتكلم على كل واحد منها إن شاء الله في فصله.

[فصل

فمن اشترى غائبا ذكر جنسه صح وله رده عقيب رؤية مميزة بتأمل لجميع غير المثلى إلا ما يعفى ويبطل بالموت والإبطال بعد العقد وبالتصرف غير الاستعمال وبالتعيب والنقص عما شمله العقد غالبا وجس ما يحبس وبسكوته عليها وبرؤية من الوكيل لا الرسول ولبعض يدل على الباقي ومتقدمة فيما لا يتغير وله الفسخ قبلها وفرعية ما قبض وإن رد والقول له في نفي المميزة والبائع في نفي الفسخ] .

قوله: "فمن اشترى غائبا ذكر جنسه صح".

أقول: لا يخفاك أنه قد صح النهي أن يبيع البائع ما ليس عنده كما قدمناه وبيع البائع للغائب هو من بيع ما ليس عنده وصح أيضا النهي عن بيع الغرر وهو ما لم يقف المشتري على حقيقته والغائب عن المشتري الذي لم يكن قد رآه هو غير واقف على حقيقته فلا بد أن يأتي دليل يخصص هذا البيع من النهيين ولم

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٥١٤

يثبت في ذلك شيء تقوم به الحجة فإن حديث: "من اشترى ما لم يره فله الخيار" في إسناده من هو مهتم بالوضع كما قال ابن حجر في التلخيص وقد تفرد بروايته مرفوعا الدارقطني والبيهقي وقالا المعروف أن هذا من قول ابن سيرين وأيضا." (١)

"بالتخويف ومستعمل الصغير في غير المعتاد ولو أبا ويقع عنها إنفاق الولي فقد بنيتها م ولو لم تقارن إن تقدمت ومستعمل الكبير مكرها والعبد كالصغير ويضمن المكره مطلقا ومحجور انتقل راضيا] .

قوله: فصل: "وينفذ مع الغبن الفاحش" الخ.

أقول: هذا وقد لاحظ المصنف فيه ما يأتي في الوصايا من الفرق بين تصرف المالك حال صحته وحال مرضه والذي ينبغي اعتماده هنا أن الرضا بالزيادة المسماة غبنا قد صيرها بمنزلة الدين في تركه الميت وموته راضيا بها يؤكد كونها دينا وأما الفرق بين تصرف وتصرف وجعل التصرف في المرض المخوف موجبا لخروج ذلك من الثلث فسيأتي الكلام عليه إن شاء الله وأما كونه لا يستحق الأجرة المتبرع ومن عمل غيره لا عنه فظاهر لأنه لم يوجب السبب الذي يستحق به الأجرة وهكذا إذا بطل عمل الأجير فإنه صار بذلك **وجوده** **كعدمه** وهكذا من فعل غير ما أمر به.

وأما قوله: "وتلزم من ربي في غصب مميزا" فوجهه أنه مع التمييز صار هو الغاصب وقبل التمييز يكون الرجوع على من رباه ولكن كون هذا الحكم يلزم من لم يبلغ التكليف يحتاج إلى دليل وإذا كان الغصب كالجناية لزمت المميز وغير المميز.

وأما قوله: "أو حبس فيه بالتخويف" فذلك مبني على أنه لا يخاف من ذلك التخويف تلفا ولا ضررا ولا خرج به عن حد الاختيار وإلا كان الضمان على الحابس.

وأما قوله: "ومستعمل الصغير في غير المعتاد" فظاهر لأنه فعل باستعماله في غير ما يعتاده ما لا يبيحه الشرع فلزمته أجرته والظاهر أنه تلزم في المعتاد لأنه لم يأذن الشرع بذلك إلا إذا كان أبا وفعل ذلك على طريقة التدريب للصبي وتعليمه ما يعود عليه نفعه فلا أجرة عليه لأنه مأذون له من جهة الشرع وبه جرت عادة أهل الإسلام قرنا بعد قرن وأما كونه يقع عنها إنفاق الولي فذلك لمكان الولاية الشرعية.

وأما قوله: "ومستعمل الكبير مكرها" فوجهه ظاهر.

وأما قوله: "والعبد كالصغير" فالأولى أن يكون له حكم الدابة إذا استعملها غير مالكها بغير إذنه فإنها تلزم الأجرة.

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٥٢٤

وأما قوله: "ويضمن المكره مطلقا" فوجهه أنه صار غاصبا لمنافع من أكرهه.
وأما قوله: "ومحجورا انتقل ولو راضيا" فينبغي أن يقال إن مستعمل العبد يضمن ما يقابل ذلك العمل من الأجرة سواء كان راضيا أم لا انتقل أو لم ينتقل لأنه أقدم على ملك الغير بغير إذنه وأي فائدة تتعلق برضا العبد أو انتقاله وهو ملك لغيره وهكذا لا فرق بين أن يكون محجورا أو غير محجور ولكن هذه التفاصيل سببها الرجوع إلى قواعد هي عن القيام بالحجة قواعد.." (١)

"كون يده غاصبة فإن اليد الغاصبة لا تستحق شيئا وما فعلته في الغصب فلا حق لها فيه وأما ما أخرجه أحمد "وأبو داود "٣٤٠٣"،والترمذي "١٣٦٦"، وابن ماجه "٢٤٦٦"، من حديث رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته"، وقد روى الترمذي "٦٤٨/٣"، عن البخاري تحسينه ونقل عن البخاري تضعيفه وضعفه أيضا البيهقي وهو من طريق عطاء بن أبي رباح عن رافع بن خديج قال أبو زرعة لم يسمع عطاء من رافع وكان موسى بن هارون يضعف هذا الحديث ويقول لم يروه عن شريك ولا رواه عن عطاء غير أبي إسحاق فهو مع كونه مخالفا لما هو أصل الغصب من عدم رجوع الغاصب الظالم على المغصوب عليه المظلوم بما أنفقه على ما تعدى به من إيقاع الزرع غصبا وعدوانا بغير إذن الشرع يمكن الجواب عنه من وجوه:
الأول: ما ذكرناه فيه من المقال الذي لا ينتهض معه للاستدلال.
الثاني: بما حكاه ابن المنذر عن أحمد بن حنبل أنه قال إن أبا إسحق زاد في هذا الحديث لفظ: "بغير إذنهم" وليس غيره بذكر هذا الحرف انتهى وإذا كان هذا اللفظ مزيدا لم يكن في الحديث دلالة على أن هذا الحكم يثبت للغاصب بل هو ثابت لمن زرع أرض قوم على غير وجه التعدي والعدوان فلا يبقى في الحديث إشكال ويؤيد هذا ما أخرجه أحمد وأبو داود والطبراني وغيرهم أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى زرعا في أرض ظهير فأعجبه فقال: "ما أحسن زرع ظهير" فقالوا: إنه ليس لظهير لكنه لفلان، قال: "فخذوا زرعكم وردوا عليه نفقته" فدل على أن الزرع تابع للأرض فهذا قاله صلى الله عليه وسلم في أرض غير مغصوبة كما يدل عليه قولهم ولكنه لفلان ولو زرع تلك الأرض غصبا لم يقولوا إن الزرع له وإذا كان هذا حكم من زرع غير غاصبا ولا ظالم فحكم من زرع غاضبا ظالما مثل هذا الحكم.
الوجه الثالث: بما أخرجه أبو داود والدارقطني من حديث عروة بن الزبير عن بعض الصحابة أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا في أرض فقضى لصاحب الأرض بأرضه

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٥٨٤

وأمر صاحب النخل أن يخرج نخلة منها قال: "فلقد رأيتها وإنها لتضرب أصولها بالفؤوس وإنها لنخل عم" وإذا كان هذا هو حكم الشرع في النخل الذي تعظم المؤنة عليه وتكثر الغرامة فيه فأمر النبي الغاصب بالقلع وإخراج نخله مع كونه قد صار نخلا عما فكيف لا يكون الزرع مثله مع حقارة المؤونة عليه وقصر المدة فيه وليس في كون البذر من الغاصب زيادة على كون أصول الغرس منه فلا يصح أن يكون أحدهما سببا لاستحقاق الغاصب للنفقة دون الآخر فما ذكره المصنف رحمه الله من قلع الزرع وإن لم يحصد ولزوم أجرة الأرض للغاصب وإن لم ينتفع صواب وهكذا قوله إن عليه أرش ما نقص.

وأما قوله: "فإن أجر أو نحوه فموقوف" فالمعتبر إجارة المالك فإن أجاز كانت هذه الإجازة هي التي صح بها التأجير ونحوه وإن لم يجز كان ما فعله الغاصب **وجوده كعدمه** وأما قوله: "إلا نقصان السعر" فوجهه أن ذلك النقصان ليس من فعل الغاصب حتى يضمنه ولا يخفاك أن ارتفاع السعر يزيد قيمة ذلك المغصوب فوق ما كانت عليه حال الغصب ومن الجائز." (١)

"كتاب العتق

مدخل

...

كتاب العتق

[فصل

يصح من كل مكلف ملك حاله لكل مملوك ولو كافرين ولا تلحق الإجازة إلا عقد ولا الخيار إلا الكتابة]

.

قوله: "فصل: ويصح من كل مكلف".

أقول: وجهه ظاهر لأن تصرف الصبي والمجنون غير نافذ وأما اعتبار قيد الملك فمعلوم لأن عتق غير المالك **وجوده كعدمه** وأما كونه يصح لكل مملوك فلعدم المانع مع وجود المقتضي.

وأما قوله: "ولو كافرين" فهذا مخالف لما قرروه في الأبواب التي هي قرب أنها لا تصح من الكافر ومعلوم أن المصنف هنا إنما يريد الصحة وأما ثبوت الثواب فلم يرد إلا في عتق المسلم للمسلم كما في حديث أبي هريرة في الصحيحين [البخاري "١٤٦/٥"، مسلم "١٥٠٩/٢٢"] ، وغيرهما [أحمد "٤٢٠/٢، ٤٢٢، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٥٢٥"، الترمذي "١٥٤١"] ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من أعتق رقبة

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٦٥٨

مسلمة أعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه"، وكما في حديث أبي أمامة مرفوعا: "أيما أمريء مسلم أعتق امرأ مسلما كان فكاكه من النار يجزيء كل عضو منه عضوا منه"، أخرجه الترمذي "١٥٤٧"، وصححه وأخرجه أيضا النسائي "١٦٣/٨"، وابن ماجه "٢٥٢٢"، بإسناد صحيح وفي لفظ منه: "أيما امريء مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانا فكاكه من النار يجزيء كل عضو منهما عضوا منه"، وأخرج أحمد "١١٣/٤، ٣٨٦"، من حديث كعب بن مرة أو مرة بن كعب السلمي نحوه زاد فيه: "وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار يجزيء بكل عضو من أعضائها عضوا من أعضائها"، وفي الباب أحاديث فالكافر ليس له." (١)

"المجلس بل لو رضي أحدهما بعد مدة والآخر باق على الرضا كان ذلك معاملة صحيحة وتصرفا شرعيا وأما اشتراط ذكر عوض له قيمة فوجهه أنه لا يوجد معنى الكتابة إلا بذلك وإلا لم تكن مكاتبة وهو معنى ما ذكره المصنف من البطلان وهكذا لا بد أن يكون مال الكتابة مما يصح تملكه فإن كان لا يصح تملكه **فوجوده كعدمه** وحينئذ لا توجد معنى الكتابة.

قوله: "مؤجل منجم لفظا".

أقول: لم يثبت شيء مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم في هذا وهو الحجة لا ما وقع من أفعال بعض الصحابة أو أقوالهم على أنهم يختلفون في ذلك فإنه أخرج الدارقطني عن أبي سعيد المقبري قال اشترتني امرأة من بني ليث بسوق ذي المجاز بسبعمائة درهم ثم قدمت فكاتبتني على أربعين ألف درهم فأذهبت إليها عامة المال ثم حملت ما بقي إليها فقلت هذا مالك فاقبضيه فقالت: لا والله حتى أقبضه منك شهرا بشهر وسنة بسنة فخرجت به إلى عمر بن الخطاب فذكرت ذلك له فقال عمر ارفعه إلى بيت المال ثم بعث إليها هذا مالك في بيت المال وقد عتق أبو سعيد فإن شئت فخذي شهرا بشهر وسنة بسنة قال فأرسلت فأخذته وأخرجه أيضا البيهقي وإذا عرفت عدم وجود دليل على لزوم النتجيم فلا يتم ما ذكره المصنف من الفساد ولا ما رتبه عليه.

[فصل

ويملك بها التصرف كالسفر والبيع وإن شرط تركه لا التبرع كالنكاح والعتق والوطء بالملك وله ولاء من كاتبه إن عتق بعده وإلا فلسيده ويرده في الرق اختياره ولا وفاء عنده ولو كسوبا وعجزه لا بفعل السيد عن الوفاء للأجل بعد أمهاله كالشفعة فيطيب ما قد سلم إلا ما أخذه عن حق فلأهله ويصح بيعه إلى من يعتقه برضاه

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٦٦٥

وإن لم يفسخ وإذا أدخل معه غيره في عقد لم يعتقا إلا جميعا ولا يعتق ما اشتراه ممن يعتق عليه لا بعتقه ولو بعد الموت بأن خلف الوفاء أو أوفى عنه وله كسبه لا بيعه ومتى أسلم قسطا صار لقدره حكم الحرية فيما يتبعض من الأحكام حيا وميتا ويرد ما أخذ بالحرية إن رق ولا يستتم إن عتق ويسري كالتدبير وتوجب الضمان ويستبد به الضامن إن عجز وله قبل الوفاء حكم الحر موقوفا غالبا] .

قوله: "فصل: ويملك بها التصرف كالسفر والبيع وإن شرط تركه".

أقول: هذا يقتضيه عقد الكتابة فليس للسيد المنع منه وهكذا ليس له المنع من التبرع كالنكاح والعتق والوطء بالملك لأنه لم يبق للسيد إلا ما جعله عليه من المال فإن وفى به كان." (١)

". . . . .

أكره على وطء امرأة، أو وجد امرأة نائمة فأولج فيها بدون شبهة وهذا زنا، وقد تقدم أن الوطء بشبهة يثبت به النسب والميراث، وتثبت به العدة، وسيأتي بيان الشبهة في مبحثها.

هذا إذا جمع بينهما في عقد واحد. أما إذا جمع بينهما في عقدين متواليين، فإن عرف العقد الأول ولم ينس بطل العقد الثاني وصح الأول، فإذا عقد على البنت أولا ثم عقد على أمها ثانيا صح الأول وبطل الثاني، وهو قبل الدخول لا أثر له، أما إذا دخل بأمها حرمت عليه بنتها مؤبدا على الوجه السابق لأن الوطء بالعقد الفاسد يحرم، وإن كانت الأولى الأم ولم يدخل بها فالأمر ظاهر وإلا حرمت البنت، وإن نسي العقد الأول ولم تعرف السابقة يقينا وجب التوقف، فلا يحل له وطء واحدة منهما حتى يتبين الحال، كما لا يحل لأحد أن يتزوجها قبل أن يطلقهما معا، أو يموت عنهما، هذا إذا كان يرجى معرفة العقد السابق، أما إذا كان ميئوسا من معرفته فإن لهما أن يرفعا أمرهما إلى الحاكم، وهو يفسخ العقد دفعا للضرر، وهذه المسألة نظير ما إذا زوجها وليان لزوجين ولم يعلم أيهما الأول كما تقدم، ومثل ذلك ما إذا جهل السابق منهما، أو جهل صدورهما معا، فإن العقدين يبطلان على كل حال.

الحنابلة – قالوا: إذا جمع بين اثنتين لا يحل له جمعهما في عقد واحد، كأختين، وقع العقد باطلا، وعليه فرقتهما بطلاق، فإن لم يطلق فسخه الحاكم، ثم إن وقع الفسخ قبل الدخول والخلوة الصحيحة فلا مهر لهما وشلا متعة ولو مات عنهما، لأن العقد الفاسد **وجوده كعدمه**، أما بعد الدخول أو الخلوة فإنهما يجب لهما مهر المثل الذي يجب في النكاح الباطل المجمع على بطلانه، كالجمع بين الأختين في عقد، أو

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٦٧٨

العقد على امرأة خامسة، أو العقد على المعتدة، فإن كل هذا باطل باتفاق وإنما وجب فيه المهر بالوطء، لـحديث عائشة المتقدم "ولها الذي أعطاها بما أصاب منها" ومثلها التي وطئت بشبهة، أو وطئت بزنا كرها عنها، لقوله صلى الله عليه وسلم: "فلها بما استحل من فرجها" أي نال منها بالوطء. فإذا عقد عليهما في عقدين متواليين، ولكن لم يعرف الأولى منهما، فإنه يجب عليه أن يطلقهما معا، وإن لم يفعل فرق بينهما الحاكم، ولكن يجب في هذه الحالة نصف المهر لإحداهما. إذ لا بد من كون واحدة منهما عقدها صحيح، فإذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر، ولكن لما كانت غير معلومة بحيث لم تعرف أيتهما صاحبة العقد الصحيح، أقرع بينهما فمن وقعت عليها القرعة استحقت نصف المهر، أما إذا دخل بهما فقد عرفت أن لهما المثل. فإن دخل بإحداهما دون الأخرى استحقت المدخول بها المهر كاملا، وبقيت الأخرى من غير أن يعرف حالها، فيعمل في شأنهما معا بالقرعة. فإن وقعت القرعة على غير المدخول بها استحقت نصف المهر. والأخرى لها صداقها كاملا بالدخول، وإن لم تقع القرعة عليها فلا شيء لها وللأخرى مهرها بالدخول.

أما إذا عقد عليهما عقدين مترتبين، وعرف السابق منهما، فإن الأول يقع صحيحا. والثاني يبطل. وقد عرفت أن العقد الفاسد يوجب حرمة المصاهرة، فمن عقد على بنت وأمها عقدين في آن." (١)

"وتارة يكون بعقد فاسد، ويترتب على وطء العقد الصحيح تأكد المهر كله، أما الوطء بالعقد الفاسد فإن في المهر الذي يجب به تفصيل المذاهب (١) .

---

(١) (الحنفية - قالوا: تقدم أن الذي يجب بالوطء المبني على العقد الصحيح هو تأكد المهر كله بحيث لا يحتمل السقوط حتى ولو فعلت المرأة ما يوجب الفرقة من ردة، ومطاوعة ابن زوجها في فعل الفاحشة وغير ذلك. أما إذا طلقها الرجل قبل الوطء أو الخلوة الصحيحة سقط نصف المهر وثبت لها نصفه، وكذا الحكم في كل فرقة جاءت من قبل الزوج، مثل ردته، وزناه بأم امرأته أو بنتها، وتقبيلهما بشهوة، فإنه إن فعل ذلك قبل الخلوة بامرأته أو الوطء فإنه يثبت لها نصف المهر، ثم إن ادعت المرأة الوطء، أو الخلوة وأنكر الزوج دعواها كان القول قولها، لأنها تنكر سقوط صداقها، والقول للمنكر، وبعضهم يقول: إن القول للرجل لأنه ينكر وجوب الزيادة على النصف.

وبالتأمل يتضح أن القولين متعارضان، لأننا إذا جرينا على قاعدة أن القول للمنكر فقط، فإنه يصح اعتبار

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة؟ عبد الرحمن الجزيري ٤/٧١

كل منهما منكرا كما بينا، ولهذا رجح بعضهم القول الأول بوجه آخر، وهو أن العقد الصحيح يوجب كل المهر، فالسبب الصحيح الموجب للمهر هو العقد الصحيح وأما نقصه إلى النصف، فهو بسب آخر عارض، وهو الفرقة التي تأتي من قبل الزوج، فإذا لم يثبت هذا الأمر العارض كان الشيء باقيا على أصله. فالرجل يدعي وجود هذا العارض، والمرأة تنكر، فالقول لها.

هذا هو حكم الوطء بالعقد الصحيح، وهو تأكد كل المهر المسمى، فإذا لم يسم مهرا أصلا، أو سماه تسمية فاسدة، كما إذا سمى خمرا، أو خنزيرا، أو غير ذلك مما تقدم، أو نفاه بأن تزوجها على أن لا مهر لها، فإنه يجب لها مهر المثل، ومثل ذلك ما إذا قالت له: زوجتك نفسي بخمسين جنيها مثلا وأبرأتك منها فقبل، أو تزوجها على حكمها في المهر، أو على حكمه هو، أو على حكم شخص آخر، أو على ما في بطن أغنامه، أو على أن يهب لها ألف درهم، أو على طلاق ضرتها، فإنه في كل ذلك يتقرر لها مهر المثل، وقد تقدم نحو ذلك في شروط الصداق.

أما إذا كان الوطء بعقد فاسد فإنه ينظر فيما إذا كان قد سمى لها مهرا، أو لا. فإن كان قد سمى لها مهرا قورن بينه وبين مهر مثلها، فإن كان المسمى أقل من مهر المثل كان لها المسمى، وإن كان أكثر من مهر المثل كان لها مهر المثل، فالذي تستحقه المرأة بالوطء في النكاح الفاسد إنما هو الأقل من المسمى، ومن مهر المثل. أما إذا لم يكن قد سمى لها مهرا فإن لها مهر المثل بالغا ما بلغ، ولا يثبت للمرأة شيء في العقد الفاسد إلا بالوطء، فلا شيء لها إذا طلقها قبل الوطء، حتى ولو خلا بها لن الخلوة في النكاح الفاسد فاسدة، وذلك لأن الوطء فيه محرم، فهو يشبه الخلوة بالحائض التي يحرم وطؤها، فلا يثبت لها المهر غلا بالوطء في القبل لا في الدبر.

ثم إن النكاح الفاسد قسمان: قسم يوجب المهر ويثبت به نسب، ولا تجب به عدة، ويقال له: باطل، وذلك كما إذا تزوج محرما من محارمه، فإن العقد على واحدة منهن **وجوده كعدمه**، ومثله العقد على متزوجة. أو معتدة إن علم أنها للغير، فهذا العقد كعدمه، وهو عقد باطل يوجب الوطء به الحد إن كان." (١)

"الولد من جملة الأولياء في النكاح وهم الجمهور.

باب العضل

(١) الفقه على المذاهب الأربعة؟ عبد الرحمن الجزيري ٤/١٠٧

٣٤٧٣- عن معقل بن يسار قال: كانت لي أخت تخطب إلي، فأتاني ابن عم لي فأنكحتها إياه، ثم طلقها طلاقا له رجعة ثم تركها حتى انقضت عدتها؛ فلما خطبت إلي أتاني يخطبها، فقلت: لا والله لا أنكحكها أبدا، قال: ففي نزلت هذه الآية: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ الآية قال: فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه. رواه البخاري وأبو داود والترمذي وصححه، ولم يذكر التكفير.
٣٤٧٤- وفيه في رواية للبخاري: وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه.

وهو حجة في اعتبار الولي.

قال الشارح رحمه الله تعالى: وفي حديث معقل هذا دليل على أن السلطان لا يزوج المرأة إلا بعد أن يأمر وليها بالرجوع عن العضل فإن أجاب فذاك، وإن أصر زوجها. انتهى.

قال في الاختيارات: قال الإمام أحمد في رواية المروزي في البلد يكون فيه الولي وليس فيه قاض يزوج إذا احتاط للمرأة في المهر والكفء أرجو أن لا يكون به بأس، إلى أن قال: ويزوج الأيامى فرض كفاية إجماعا، فإن أباه حاكم إلا بظلم كطلبه جعلا لا يستحقه صار **وجوده كعدمه**. انتهى.

باب الشهادة في النكاح

٣٤٧٥- عن ابن عباس: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة» . رواه الترمذي وذكر أنه لم يرفعه غير عبد الأعلى، وأنه قد وقفه مرة وأن الوقف أصح وهذا يقدح لأن عبد الأعلى ثقة فيقبل رفعه وزيادته، وقد يرفع الراوي الحديث وقد يقفه.

٣٤٧٦- وعن عمران بن حصين عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا نكاح إلا بولي." [(١)]
"ثانيا ـ صفة الكفن ومقداره وكيفيته: يكفن الميت بعد غسله بما يحل له لبسه في حال الحياة (١) فيكفن في الجائز من اللباس، ولا يكفن الرجل بالحرير، وتكفن المرأة به عند الجمهور، ولا تكفن به عند الحنابلة. ويشترط في الكفن ألا يصف البشرة؛ لأن ما يصفها غير ساتر، **فوجوده كعدمه**. ويجب أن يكون

(١) بستان الأحبار مختصر نيل الأوطار؟ فيصل المبارك ٢/٢١٩

الكفن طاهرا، فلا يجوز تكفينه بالمتنجس مع القدرة على الطاهر.

ويجب أن يكفن الميت عند الحنابلة، وندبا عند المالكية والحنفية في ملبوس مثله في الجمع والأعياد مالم يوص بدونه فتتبع وصيته، لأمر الشارع بتحسينه.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا كفن أحدكم أخاه، فليحسن كفنه» (٢) وتحسين الكفن واجب عند الحنابلة، مستحب عند غيرهم.

وأقل الكفن: ثوب واحد يستر جميع البدن، إلا رأس المحرم عند الشافعية والحنابلة، ولا تنفذ وصيته بإسقاطه. وأكثره سبع. والأفضل للرجل ثلاثة، وللمرأة خمسة. أما الرجل فلقول عائشة رضي الله عنها: «كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثلاثة أثواب بيض سحولية (٣) جدد يمانية، ليس فيها قميص ولا عمامة، أدرج فيها إدراجا» (٤).

وأما المرأة: فلزيادة الستر في حقها، ولحديث ليلى الثقفية الآتي. وللفقهاء تفصيلات في ذلك:

---

(١) مغني المحتاج:٣٣٦/ ١.

(٢) رواه أحمد ومسلم وأبو داود عن جابر، ورواه ابن ماجه والترمذي عن أبي قتادة بلفظ: «إذا ولي أحدكم أخاه فليحسن كفنه».

(٣) نسبة إلى سحول: قرية باليمن.

(٤) رواه الجماعة عن عائشة (نيل الأوطار:٣٦/ ٤).." [1]

"على المشتري ألا يبيع المبيع، أو لا يهبه، أو أن يبيعه شيئا أو يقرضه مبلغا من المال أو اشترط أن يسكن الدار مدة، أو اشترط المشتري على البائع أن يخيط له الثوب الذي اشتراه منه، أو يحصد له الزرع الذي اشتراه منه، أو يحذو له قطعة الجلد التي اشتراها، ففي كل هذه الحالات يكون البيع باطلا، لما روي عن

النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط (١).

وقال الحنابلة (٢): يبطل البيع إذا كان فيه شرطان، ولا يبطله شرط واحد لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك» (٣) والمراد بالشرطين: ما ليسا من

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ١٤٩٩/٢

مصلحة العقد، كأن اشترى ثوبا واشترط على البائع خياطته وقصارته، أو طعاما واشترط طحنه وحمله، فإن اشترط أحد هذه الأشياء، فالبيع جائز.

والشروط عندهم أربعة أقسام:

أحدها . ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم، وخيار المجلس، والتقابض في الحال فهذا **وجوده كعدمه**، لا يفيد حكما معينا، ولا يؤثر في العقد.

الثاني . ما تتعلق به مصلحة لأحد العاقدين أو لكليهما، كالأجل والخيار والرهن والضمين أي الكفيل، والشهادة على البيع، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به. قال ابن قدامة: ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا.

---

(١) رواه عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه أبو حنيفة أيضا.

(٢) المغني: ٢٢٤/ ٤ - ٢٢٦، ٢٣٥، غاية المنتهى: ٢٣/ ٢ وما بعدها.

(٣) رواه أبو داود والترمذي من حديث عبد الله بن عمرو، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.." [1]

"محل قابل لمقاصد النكاح، يمنع وجوب الحد، سواء أكان هذا النكاح حلالا أم حراما، وسواء أكان التحريم مختلفا فيه أم مجمعا عليه، وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه أم علم بالحرمة.

والأصل عند الصاحبين والجمهور: أن النكاح إذا كان محرما على التأبيد، أو كان تحريمه مجمعا عليه، يجب الحد؛ لأن الوطء فيه صادف محلا ليس فيه شبهة، وهو مقطوع بتحريمه. وإن لم يكن محرما على التأبيد أو كان تحريمه مختلفا فيه لا يجب الحد (١).

وقول الصاحبين هو الأظهر، وعليه الفتوى عند الحنفية، لكن قال صاحب الدر المختار: «لكن المرجح في جميع الشروح قول الإمام، فكان الفتوى عليه أولى» (٢).

وذكر الشافعية أن من استأجر امرأة ليزني بها فزنى بها، أو تزوج ذات رحم محرم وهو يعتقد تحريمها، وجب عليه الحد؛ لأنه لا تأثير للعقد في إباحة وطئها، فكان **وجوده كعدمه**.

شبهة الاشتباه:

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٣٤٧٤/٥

الشبهة: هي ما يشبه الثابت وليس بثابت، وهي إما شبهة في الفعل، وتسمى شبهة اشتباه، أي أنها شبهة في حق من اشتبه عليه، وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه، حتى لو قال: علمت أنها تحرم علي، حد.

---

(١) راجع البدائع: ٣٥/ ٧ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٤٥/ ٤، ١٤٦، المهذب: ٢٦٨/ ٢، الميزان للشعراني: ١٥٧/ ٢، حاشية الدسوقي: ٢٥١/ ٣، ٣١٤/ ٤، المغني: ١٨٢/ ٨، الفروق: ١٧٤/ ٤، رحمة الأمة: ١٣٦/ ٢.

(٢) حاشية ابن عابدين: ١٦٨/ ٣.." [١]

"وتعتبر المساواة باتفاق المذاهب كما ذكر عند الحنفية: في التدين والمال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والبلد والنسب والحسب: وهو ما يعد من مفاخر الآباء من كرم وعلم وحلم ونجدة وصلاح وإمارة ونحوها من كل ما يختلف لأجله الصداق.

وتلاحظ هذه الأوصاف في النكاح الصحيح يوم العقد، وفي النكاح الفاسد يوم الوطء؛ لأنه الوقت الذي يتقرر به صداق المثل، كوطء الشبهة، فإنه يجب صداق المثل فيه بحسب الأوصاف يوم الوطء.

قال الحنابلة: وإن كانت عادة أقاربها تخفيف المهر، لوحظ التخفيف، وإن كانت عادتهم تسمية مهر كثير لا يستوفونه قط، **فوجوده كعدمه**. وإن كانت عادتهم التأجيل فرض مؤجلا؛ لأنه مهر نسائها، وإن لم يكن عادتهم التأجيل فرض حالا؛ لأنه بدل متلف، فوجب أن يكون حالا كقيم المتلفات. فإن اختلفت عادتهن في الحلول والتأجيل، أو اختلفت مهورهن قلة وكثرة، أخذ بالوسط منها؛ لأنه العدل، وأخذ بنقد البلد الحالي، فإن تعدد فمن غالبه؛ لأنه بدل متلف، فأشبه قيمة المتلفات.

حالات وجوب مهر المثل: يجب مهر المثل للزوجة في الأحوال التالية:

١ - نكاح التفويض: أن يكون العقد صحيحا، ولكن بدون تسمية المهر، وتسمى المرأة مفوضة بكسر الواو أو فتحها، ففي حالة الكسر: ينسب التفويض إلى المرأة، أي فهي التي فوضت تقدير المهر إلى الزوج،

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٥٣٥٥/٧

وفي حالة الفتح: ينسب الفعل إلى الولي، فتكون المرأة قد فوض أمرها إلى الزوج، ويسمى العقد عقد تفويض.." [1]

"التوارث (١) بين الزوجين، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق أن لها الميراث، وكان زوجها قد مات عنها قبل الدخول بها، ولم يكن فرض لها صداقا.

وترث المرأة من زوجها إذا كانت في العدة مطلقة طلاقا رجعيا؛ لأن الزوجية في الطلاق الرجعي قائمة ما دامت في العدة، وهذا متفق عليه فقها وقانونا (٢).

أما المطلقة طلاقا بائنا فلا ترث ولو كانت في العدة إذا طلقها زوجها في حال صحته، لعدم اتهامه بالفرار من إرثها. فإن طلقها في مرض موته فرارا من إرثها منه، وهو ما يسمى طلاق الفرار، فترث منه عند الحنفية إذا مات ما لم تنقض عدتها معاملة له بنقيض مقصوده. وترث منه عند المالكية ولو انقضت عدتها، وتزوجت غيره فعلا لإطلاق الآثار فيها، وترث منه عند الحنابلة ولو انقضت عدتها، ما لم تتزوج غيره، لقول أبي سلمة رضي الله عنه: إن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة، وهو مريض، فورثها عثمان بن عفان بعد انقضاء عدتها.

والخلاصة: إن الجمهور غير الشافعية يورثون هذه المرأة لقصد الزوج السيء.

ولا ميراث لهذه الزوجة المطلقة طلاقا بائنا عند الشافعية، وإن كانت العدة باقية لمعنى آخر؛ لأن البينونة قطعت الزوجية التي هي سبب الإرث.

ولا توارث في النكاح الفاسد المجمع على فساده، كالنكاح بغير شهود، ولا في النكاح الباطل، كنكاح المتعة، فليس بنكاح شرعي، ولو أعقبه دخول أو خلوة؛ لأن **وجوده كعدمه**. واختلفوا في التوارث في النكاح الفاسد المختلف فيه،

---

(١) وهي الآية ١٢ من سورة النساء: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾ [النساء:١٢/ ٤].

(٢) انظر المادة ١١ من قانون الإرث في مصر رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣، والمادة ٢٦٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري.." [2]

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٦٧٧٧/٩

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٧٧٠٥/١٠

"أحدها: ما هو مقتضى العقد بحكم الشرع، كالتقابض، وحلول الثمن، وتصرف كل واحد منهما فيما يصير إليه، وخيار المجلس، والرد بعيب قديم.

فهذا الشرط **وجوده كعدمه**، لا يفيد حكما، ولا يؤثر في العقد، لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد. (١)

الثاني: شرط من مصلحة العقد، أي تتعلق به مصلحة تعود على المشترط من المتعاقدين: الخيار، والشهادة، أو اشتراط صفة في الثمن، كتأجيله كله أو بعضه، أو رهن معين به، أو كفيل معين به، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع، كالصناعة والكتابة، أو اشتراط كون الدابة ذات لبن، أو غزيرة اللبن، أو الفهد صيودا، أو الطير مصوتا، أو يبيض، أو يجيء من مسافة معلومة، أو كون خراج الأرض كذا. . فيصح الشرط في كل ما ذكر، ويلزم الوفاء به، (٢) وذلك لحديث: المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، (٣) ولأن الرغبات تختلف باختلاف ذلك، فلو لم يصح اشتراط ذلك لفاتت الحكمة التي لأجلها شرع البيع.

---

(١) كشاف القناع ٣ / ١٨٩، والمغني ٤ / ٢٨٥.

(٢) كشاف القناع ٣ / ١٨٩، ١٩٠، والمغني ٤ / ٢٨٥، ٢٨٦.

(٣) حديث: " المسلمون على شروطهم. . . " سبق تخريجه (ف ١) .." [1]

"فقد من هو أقرب منه، أو قيام مانع به لوجود الولادة في الكل.

٢٢ - ومن أحكامه كذلك أن المميز إن اختار أحد الأبوين، ثم اختار الآخر حول إليه؛ لأنه قد يظهر الأمر على خلاف ما ظنه، أو يتغير حال من اختاره أولا. إلا إذا ظهر أن سبب اختياره للآخر قلة عقله، فيجعل عند أمه وإن بلغ، كما قبل التمييز.

٢٣ - ومن الأحكام كذلك: أن المحضون إذا اختار أبويه معا أقرع بينهما لانتفاء المرجح.

أما إذا لم يختر واحدا منهما، فعند الشافعية الأم أولى؛ لأنها أشفق واستصحابا لما كان عليه. وعند الحنابلة: يقرع بينهما؛ لأنه لا أولوية حينئذ لأحدهما، وهو قول للشافعية. فإذا اختار المحضون غير من قدم بالقرعة رد إليه، كما لو اختاره ابتداء.

ولا يخير الغلام إذا كان أحد أبويه ليس من أهل الحضانة؛ لأنه غير أهل فيكون **وجوده كعدمه**، ويتعين أن يكون الغلام عند الآخر. وإن اختار ابن سبع أباه ثم زال عقله رد إلى الأم؛ لحاجته إلى من يتعهده كالصغير،

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ٩/٢٥٥

وبطل اختياره لأنه لا حكم لكلامه. (١)

أما الحنفية والمالكية فذهبوا إلى أنه لا خيار للصغير ذكرا كان أو أنثى، وأن الأم أحق بهما. وعند الحنفية يبقى الصبي عند أمه إلى أن

---

(١) المراجع السابقة." [١]

"فليس بقمار، ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار، ولأنه مأمون سبقه **فوجوده كعدمه**، وإن كان مكافئا لهما جاز.

ويشترط في الرهان أن تكون الدابتان من جنس واحد، فإن كانتا من جنسين كالفرس والبعير لم يجز؛ لأن البعير لا يكاد يسبق الفرس فلا يحصل الغرض من هذه المسابقة (١) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٨ / ٦٥٨. ٦٦١.." [٢]

"والأفضل أن يكون التكفين بالثياب البيض، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: البسوا من ثيابكم البياض فإنها من خير ثيابكم وكفنوا فيها موتاكم (١) .

ويشترط في الكفن ألا يصف البشرة، لأن ما يصفها غير ساتر **فوجوده كعدمه**، ويكره إذا كان يحكي هيئة البدن، وإن لم يصف البشرة (٢) .

وتكره المغالاة في الكفن، لما روي عن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تغالوا في الكفن فإنه يسلب سلبا سريعا (٣) .

كما يكره التكفين بمزعفر، ومعصفر، وشعر، وصوف مع القدرة على غيره، لأنه خلاف فعل السلف.

ويحرم التكفين بالجلود لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بنزع الجلود عن الشهداء، وأن يدفنوا في ثيابهم (٤) .

---

(١) حديث: " ألبسوا من ثيابكم البياض. . . " سبق تخريجه ف ٢.

(٢) بدائع الصنائع ١ / ٣٠٧، والمجموع ٥ / ١٤٧، والشرح الصغير ١ / ٥٤٩ ط دار المعارف بمصر،

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ٧٥/١١

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ٢٠٥/١٣

والمغني لابن قدامة ٢ / ٤٦٤ ط الرياض، ونهاية المحتاج ٢ / ٤٤٧ ط المكتبة الإسلامية، وكشاف القناع ٢ / ١٠٣، وروضة الطالبين ٢ / ١٠٩.

(٣) حديث: " لا تغالوا في الكفن فإنه يسلب سلبا سريعا " أخرجه أبو داود (٣ / ٥٠٨ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث علي بن أبي طالب. وفيه انقطاع بين الشعبي وعلي، والتلخيص لابن حجر (٢ / ١٠٩ ط شركة الطباعة الفنية) .

(٤) حديث: " أمر بنزع الجلود عن الشهداء، وأن يدفنوا في ثيابهم ". أخرجه أبو داود (٣ / ٤٩٨ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث ابن عباس وضعفه ابن حجر في التلخيص (٢ / ١١٨ ط شركة الطباعة الفنية) .." (١)

"خدمته لأنها أعرف بذلك، قال ابن عقيل: التخيير إنما يكون مع السلامة من فساد، فإن علم أنه يختار أحدهما ليمكنه من فساد ويكره الآخر للتأديب لم يعمل بمقتضى شهوته، لأن ذلك إضاعة له. ويكون الغلام عند من يختار فإن عاد فاختار الآخر نقل إليه، وإن عاد فاختار الأول رد إليه هكذا أبدا، لأن هذا اختيار تشه، وقد يشتهي أحدهما في وقت دون آخر فاتبع بما يشتهيه، فإن لم يختر أحدهما أو اختارهما معا أقرع بينهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، ثم إن اختار غير من قدم بالقرعة رد إليه، ولا يخير إذا كان أحد أبويه ليس من أهل الحضانة، لأن من ليس أهلا للحضانة **وجوده كعدمه**. وإلا اختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم لحاجته إلى من يتعهده كالصغير وبطل اختياره، لأنه لا حكم لكلامه.

أما الأنثى فإنها إذا بلغت سبع سنين فلا تخير وإنما تكون عند الأب وجوبا إلى البلوغ، وبعد البلوغ تكون عنده أيضا إلى الزفاف وجوبا، ولو تبرعت الأم بحضانتها، لأن الغرض من الحضانة الحفظ، والأب أحفظ لها، وإنما تخطب منه، فوجب أن تكون تحت نظره ليؤمن عليها من دخول الفساد لكونها معرضة للآفات لا يؤمن عليها للانخداع لغرتها.

والمعتوه ولو أنثى يكون عند أمه ولو بعد." (٢)

"لا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرم. وإذا لم يأمن أن يسبق لم يكن قمارا لأن كل واحد منهما يجوز أن يخلو من ذلك. فالشرط أن يكون فرس المحلل مكافئا لفرسيهما، أو بعيره مكافئا لبعيريهما، أو رميه مكافئا لرمييهما، فإن لم يكن مكافئا مثل أن يكون فرساهما جوادين وفرسه بطيئا، فهو قمار للخبر؛

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ٢٣٨/١٣

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ٣١٦/١٧

ولأنه مأمون سبقه **فوجوده كعدمه**، وإن كان مكافئا لهما جاز.

فإن جاءوا كلهم الغاية دفعة واحدة أحرز كل واحد منهما سبق نفسه ولا شيء للمحلل لأنه لا سابق فيهم، وكذلك إن سبق المستبقان المحلل.

وإن سبق المحلل وحده أحرز السبقين بالاتفاق، وإن سبق أحد المستبقين وحده أحرز سبق نفسه وأخذ سبق صاحبه، ولم يأخذ من المحلل شيئا.

وإن سبق أحد المستبقين والمحلل أحرز السابق مال نفسه ويكون سبق المسبوق بين السابق والمحلل نصفين، وسواء كان المستبقون اثنين أو أكثر حتى لو كانوا مائة وبينهم محلل لا سبق منه، جاز.

وكذلك لو كان المحلل جماعة جاز؛ لأنه لا فرق بين الاثنين والجماعة. (١)

---

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٢٠٦، والدسوقي ٢ / ٢١٠، ومغني المحتاج ٤ / ٣١٣ - ٣١٤، والمغني ٨ / ٦٥٨ - ٦٥٩.." (١)

"الشك في الصيام:

أ - الشك في دخول رمضان:

٢٢ - إذا شك المسلم في دخول رمضان في اليوم الموالي ليومه ولم يكن له أصل يبني عليه مثل أن يكون ليلة الثلاثين من شعبان ولم يحل دون رؤية الهلال سحب ولا غيوم ومع ذلك عزم أن يصوم غدا باعتباره أول يوم من رمضان لم تصح نيته ولا يجزئه صيام ذلك اليوم لأن النية قصد تابع للعلم الحاصل بطرقه الشرعية وحيث انتفى ذلك فلا يصح قصده وهو رأي حماد وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وابن المنذر لأن الصائم لم يجزم النية بصومه من رمضان فلم يصح كما لو لم يعلم إلا بعد خروجه. وكذلك لو بنى على قول المنجمين وأهل المعرفة بالحساب لم يصح صومه وإن كثرت إصابتهم لأنه ليس بدليل شرعي يجوز البناء عليه فكان **وجوده كعدمه**. وقال الثوري والأوزاعي: يصح إذا نواه من الليل - وكان الأمر كما قصد - لأنه نوى الصيام من الليل فصح كاليوم الثاني - وروي عن الشافعي ما يوافق المذهبين (١) .

ب الشك في دخول شوال:

٢٣ - تصح النية ليلة الثلاثين من رمضان

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ١٢٩/٢٤

(١) المغني مع الشرح الكبير ٣ / ٢٤، ٢٥. وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ٤ / ١٤٨، ونهاية المحتاج ٣ / ١٥٩، ونيل الأوطار ٤ / ١٩٢، ١٩٣.." [1]

"المغشوشة: أنه يكره أخذها وإمساكها إذا كان النقد الذي في أيدي الناس خالصا؛ لأن ذلك يتضمن تغرير الناس فلو كان جنس النقد مغشوشا فلا كراهة.

قال السبكي: وأفاد الروياني - أيضا - أن الغش لو كان قليلا مستهلكا بحيث لا يأخذ حظا من الورق فلا تأثير له في إبطال البيع؛ لأن **وجوده كعدمه**. وقد قيل: يتعذر طبع الفضة إذا لم يخالطها خلط من جوهر آخر. قلت: وذلك صحيح، وقد بلغني أن بعض البلاد في هذا الزمان (زمان السبكي) ضربت الفضة خالصة فتشققت، فجعل فيها في كل ألف درهم مثقالا من ذهب فانصلحت، لكن مثل هذا إذا بيع لا يظهر في الميزان ما معه من الغش (١).

وكل ما ذكر في الفضة يأتي في الذهب حرفا بحرف (٢).

٤٤ - وفصل الحنابلة في بيع الأثمان المغشوشة بمثلها بين ما يكون الغش فيه متساويا ومعلوم المقدار وما يكون الغش فيه غير متساو أو غير معلوم المقدار فقالوا بجواز بيع المغشوش بمثله في الأول وعدم جوازه في الثاني.

قال البهوتي: الأثمان المغشوشة إذا بيعت

(١) تكملة المجموع للسبكي ١٠ / ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١.

(٢) نفس المرجع.." [2]

"بين فرسين - وهو لا يؤمن أن يسبق - فليس بقمار، ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار (١)، ولأنه مأمون سبقه **فوجوده كعدمه**، وإن كان مكافئا لهما جاز.

وانظر تفصيل ذلك في مصطلح (تكافؤ ف ٦).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ١٩٦/٢٦

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ٣٦٩/٢٦

(١) حديث: " من أدخل فرسا بين فرسين. . ". أخرجه أبو داود (٣ / ٦٦ - ٦٧) من حديث أبي هريرة، وإسناده ضعيف كما في التلخيص لابن حجر (٤ / ٢٠٣) .." [١]

"وليس في نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد؛ لأن الأول ليس باجتهاد. ولا ينقض ما وافق الصواب لعدم الفائدة في نقضه، فإن الحق وصل إلى مستحقه، والحق إذا وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم لم يغير، فكذلك إذا كان بقضاء **وجوده كعدمه**.

ونقل ابن عبد السلام عن بعض شيوخ المالكية أن هذا الحكم مقيد بما إذا علم منه أنه كان يشاور أهل العلم في أحكامه، وإن كان لا يشاورهم فتنقض كلها، والمذهب أنه إن شاور العلماء مضى قطعا ولم يتعقب حكمه (١) .

واختار صاحب الإنصاف ومعه جماعة من فقهاء الحنابلة القول بأنه لا ينقض من أحكامه إلا ما خالف كتابا أو سنة أو إجماعا، وأن هذا عليه عمل الناس من زمن ولا يسع الناس غيره (٢) .

وقال الحنفية: إن القاضي لو قضى بخلاف الشرع الشريف وأعطى بذلك حجة لا ينفذ الحكم المذكور ولا يعمل بالحجة المذكورة والحالة هذه، قال الله تعالى: ﴿ومن لم يحكم

---

(١) الشرح الصغير ٤ / ٢٢٠، ٢٢١، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ١٩٤، ١٩٥، وتبصرة الحكام لابن فرحون ١ / ٧٣، والقواعد لابن رجب ص ١٢٢.

(٢) الإنصاف ١١ / ٢٢٥، ٢٢٦.." [٢]

"فإن عدم الولي مطلقا بأن لم يوجد أحد ممن تقدم، أو عضل وليها ولم يوجد غيره، زوجها ذو سلطان في ذلك المكان كوالي البلد أو كبيره أو أمير القافلة ونحوه لأن له سلطنة، فإن تعذر ذو سلطان في ذلك المكان زوجها عدل بإذنها، قال أحمد في دهقان قرية (١) أي رئيسها: يزوج من لا ولي لها إذا احتاط لها في الكفء والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض، لأن اشتراط الولاية في هذه الحالة يمنع النكاح بالكلية فلم يجز كاشتراط كون الولي عصبة في حق من لا عصبة لها.

وإن كان في البلد حاكم وأبى التزويج إلا بظلم كطلبه جعلا لا يستحقه صار **وجوده كعدمه** (٢)

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ٣٦٧/٣٨

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ١٦٣/٤١

انتقال الولاية بالعضل:

٩٦ – ذهب الفقهاء إلى أنه إذا تحقق العضل من الولي وثبت ذلك عند الحاكم، أمر الحاكم الولي بالتزويج إن لم يكن العضل بسبب معقول، فإن امتنع وانتقلت الولاية إلى غيره.

واختلف الفقهاء فيمن تنتقل إليه الولاية

---

(١) الدهقان: يطلق على رئيس القرية وعلى التاجر وعلى من له مال وعقار.

(٢) كشاف القناع ٥ / ٥٠ – ٥٢.." [1]

"باطلان من أصلهما، ولا يحتاجان إلى فسخ، لأنه لا يمكن تصحيحهما ولا مرجح لأحدهما على الآخر، ولا مهر لها على أحدهما ولا يرثانها ولا ترثهما، لأن العقد باطل، **ووجوده كعدمه**.

وإن جهل السابق منهما، أو جهل السبق بأن جهل هل وقعا معا أو مرتبين، أو علم عين السابق من العقدين ثم نسي، أو علم السبق وجهل السابق منهما فسخهما حاكم، لأن أحدهما صحيح ولا طريق للعلم به، ولها نصف المهر يقترعان عليه، فمن خرجت عليه القرعة غرمه، لأن عقد أحدهما صحيح، وقد انفسخ نكاحه من غير جهة الزوجة قبل الدخول فوجب عليه نصف المهر، وكذا لو طلقاها (١) .

الوكيل في النكاح:

الوكيل في النكاح إما أن يكون وكيلا عن الزوج أو الزوجة أو الولي.

أ – توكيل الزوج غيره في النكاح:

١٠٧ – اتفق الفقهاء – الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة – على صحة التوكيل في عقد النكاح من الرجل.

وقد استدلوا بما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه

---

(١) كشاف القناع ٥ / ٥٩، ٦٠." [2]

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ٢٨٠/٤١

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ٢٨٦/٤١

"١٣٦ - وقالت الحنابلة: محل المعتبر من الشروط ما ورد في صلب العقد أو قبله، كأن يقول: زوجتك بنتي فلانة بشرط كذا ونحوه ويقبل الزوج على ذلك، وكذا توافق الزوجان عليه قبل العقد، لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولا واحدا، ولا يلزم الشرط بعد العقد ولزومه لفوات محل الشرط.

والشروط في النكاح قسمان:

القسم الأول: صحيح: وهو نوعان:

أحدهما: ما يقتضيه العقد، كتسليم الزوجة إلى الزوج وتمكينه من الاستمتاع بها، وتسليمها المهر وتمكينها من الانتفاع به **فوجوده كعدمه**، لأن العقد يقتضي ذلك.

والثاني: شرط ما تنتفع به المرأة مما لا ينافي العقد كزيادة معلومة في مهرها أو في نفقتها الواجبة، أو اشتراط كون مهرها من نقد معين، أو تشترط عليه أن لا ينقلها من دارها أو بلدها أو أن لا يسافر بها، أو أن لا يفرق بينها وبين أبويها أو أولادها، أو على أن ترضع ولدها الصغير، أو شرطت أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى، أو شرط لها طلاق ضرتها أو بيع أمته، فهذا النوع صحيح لازم للزوجة بمعنى ثبوت الخيار لها بعدمه، لما روى الأثرم بإسناده أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها، فخاصموه إلى عمر." (١)

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية؟ مجموعة من المؤلفين ٣٠٧/٤١